

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIRCE DO NASCIMENTO PEREIRA

**ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO REGIME ADMINISTRATIVO
NOS DELITOS DE “LAVAGEM” DE CAPITAIS**

CURITIBA

2009

DIRCE DO NASCIMENTO PEREIRA

**ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO REGIME ADMINISTRATIVO
NOS DELITOS DE “LAVAGEM” DE CAPITAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2009

DIRCE DO NASCIMENTO PEREIRA

**ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO REGIME ADMINISTRATIVO
NOS DELITOS DE “LAVAGEM” DE CAPITAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara
Faculdade de Direito de Curitiba - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 27 de fevereiro de 2009

Aos meus pais Anadir e Sebastião, que de forma incansável sempre expressaram palavras de carinho, incentivo e acalento nas horas mais difíceis.

À minha filha Renata, luz que ilumina a minha vida, obrigada pela força e motivação e, principalmente, pela compreensão pelos momentos de ausência.

Ao meu esposo Jorge, companheiro de todas as horas, minha fonte de força e perseverança, muito obrigada por todo o amor, dedicação e também pela compreensão pelos momentos de ausência.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Sanchez Rios pelo valioso auxílio em todas as etapas da elaboração deste trabalho e, principalmente pelas palavras de incentivo manifestadas no decorrer de todo este período.

Ao Dr. Marcus Vinícius Sebastião, Delegado de Polícia, titular do 2º Distrito Policial de Ponta Grossa, cuja colaboração e principalmente a compreensão foram de suma importância para a conclusão não somente deste trabalho, bem como, do curso de Mestrado.

Aos meus amigos Pablo Milanese e Audrea Colleone Costa Milanese exímios estudiosos da ciência do direito, pessoas por quem tenho um carinho muito especial e que tiveram sua contribuição significativa.

À Eva e Isabel, secretárias do PPGD por quem sempre fui atendida com muito carinho e atenção, sempre demonstrando competência e sabedoria no desenvolvimento de suas atividades.

À coordenação do PPGD pelo dinamismo e responsabilidade no desenvolvimento de suas atividades.

Ao corpo docente do PPGD que durante todo este período nos deu a honra de sermos destinatários do mais alto e sublime conhecimento.

Ao corpo discente do PPGD pelo companheirismo durante todo este período.

Certeza...

De tudo, ficaram três coisas:

a certeza de que estamos sempre começando...

a certeza de que precisamos continuar...

a certeza de que seremos interrompidos antes de terminar...

Portanto, devemos: fazer da interrupção, um caminho novo...

da queda, um passo de dança...

do medo, uma escada...

do sonho, uma ponte...

da procura, um encontro...

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer acerca dos atuais mecanismos utilizados pelo Estado no enfrentamento da denominada criminalidade dos poderosos, cuja criminalidade, diante da globalização, bem como do avanço tecnológico ultrapassou as fronteiras territoriais do Estado-nação, transformando-se em delitos transnacionais, limitando significativamente a atuação estatal. Dentre os mecanismos utilizados atualmente tem-se: a proliferação legislativa, o aumento do rigor punitivo, a antecipação da tutela estatal, bem como a flexibilização de direitos e garantias fundamentais, portanto uma legislação com características do denominado direito de terceira velocidade ou Direito Penal do inimigo; por outro lado, tem-se a cooperação internacional que representa um avanço na busca do controle dessa espécie de criminalidade. Porém, o Direito Penal não consegue atender à demanda e acaba se tornando um mero símbolo de poder. Surge, portanto, como alternativa ou a transformação da dogmática jurídico-penal ou a criação de outro ramo de regulação, diverso do Direito Penal para estabelecer estratégias compatíveis com o interesse do Estado de prevenir e conseqüentemente estabelecer reprimenda sancionatória à criminalidade sofisticada. A Lei 9.613/1998 – Lei de “lavagem” de capitais é a real demonstração desta tendência do Estado na busca da Administrativização do Direito Penal ou criação de um Direito Administrativo Sancionador.

Palavras-chave: Administrativização. Direito Penal. Criminalidade transnacional. Lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

The present paper has as objective to discourse about the current mechanisms used by the State concerning the denominated criminality of the powerful ones, whose criminality, before the globalization and the advanced technology, crossed the territorial borders of the nation state, becoming transnational crimes, significantly limiting the state performance. Among the mechanisms used there are: the legislative proliferation, the increase of the punitive rigidity, the anticipation of the state protection, as well as the flexibilization of fundamental rights and warranties, therefore a legislation with characteristics of the denominated "third pace of Criminal Law" or "the enemy criminal law"; on the other hand, it has the international cooperation that represents a progress in the search of the control of that criminality species. However, the Criminal Law doesn't get to assist to the demand and it ends becoming a mere symbol of power. It appears as alternative the transformation of the juridical-penal dogmatic or the creation of another regulation branch, differing of the Criminal Law to establish compatible strategies with the interest of the State of preventing and, consequently, establishing sanctionatory reprimand to the sophisticated criminality. The Law 9.613/1998 - Law of money laundering is the real demonstration of this tendency of the State in search of the Criminal Law Administration or creation of a Sanctioner Administrative Law.

Keywords: Administration. Criminal Law. Transnational criminality. Money laundering.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 POLÍTICA CRIMINAL DIRIGIDA AOS CRIMES TRANSNACIONAIS	12
2.1 POLÍTICA CRIMINAL – CORRENTES IDEOLÓGICAS E FORMAS DE APRESENTAÇÃO.....	12
2.2 CRIMES TRANSNACIONAIS – CONCEPÇÕES	19
2.3 INTERNACIONALIZAÇÃO DA LEI PENAL	27
3 A EXPANSÃO DA LEI PENAL E A PROPOSTA DE UMA POLÍTICA PREVENTIVA	34
4 ADMINISTRATIVIZAÇÃO: MODELO IDEAL	48
5 REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DO DELITO DE LAVAGEM ..	57
5.1 “LAVAGEM” DE CAPITAIS – ABRANGÊNCIA DA DENOMINAÇÃO	57
5.2 “LAVAGEM” DE CAPITAIS – REGULAMENTAÇÃO E TENDÊNCIA JURÍDICO-PENAL	65
5.2.1 Crimes antecedentes – Ausência de tipificação.....	65
5.2.2 A problemática quanto à reprimenda sancionatória.....	70
5.2.3 A possibilidade de prosseguimento do processo à revelia do acusado...73	
5.2.4 A inversão do ônus da prova	75
5.3 “LAVAGEM” DE CAPITAIS – REGULAMENTAÇÃO E TENDÊNCIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA	79
5.3.1 Sujeitos co-responsáveis	82
5.3.2 Obrigações direcionadas aos sujeitos co-responsáveis.....	88
5.3.3 Sanções administrativas aplicáveis	95
5.3.4 “Autoridades competentes” e medidas preventivas antilavagem	99
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS.....	106
ANEXOS	112

1 INTRODUÇÃO

A expansão do Direito Penal é um fenômeno que reflete no ordenamento normativo algumas conseqüências significativas como a proliferação legislativa, a partir da criação de novos tipos penais, bem como, a proteção de bens jurídicos supraindividuais, o aumento significativo do rigor punitivo, a antecipação da tutela estatal por meio da punição de crimes de perigo abstrato e a flexibilização de direitos e garantias individuais.

A proposta, objeto deste trabalho, é apresentar os principais reflexos da expansão do Direito Penal especificamente em relação à criminalidade dos poderosos, também denominada criminalidade sofisticada, transnacional, macrocriminalidade e em alguns casos, criminalidade organizada.

A macrocriminalidade nos dias atuais vem atingindo níveis até aqui inimagináveis.

O aprimoramento diário de tecnologia avançada, assim como resulta em significativos benefícios para a sociedade, também é utilizado para a prática de crimes que se revestem da maior sutileza e sofisticação.

Está-se falando especificamente do crime de “lavagem” de dinheiro, no qual o criminoso, a partir da prática de outro ilícito necessita transformar o produto adquirido em uma forma que afaste a sua característica de ilicitude.

Dessa forma, por meio de processos autônomos, porém de idêntica importância, os criminosos objetivam legitimar o produto do ilícito e afastar qualquer possibilidade de identificação da autoria, dificultando, conseqüentemente, a aplicação sancionatória.

O crime de “lavagem” é resultado da inteligência humana e, assim, da mesma forma que esta não possui limites, o crime dela advindo também não os possui.

A atuação do Estado, com sua legislação interna não consegue atingir essa criminalidade, que ultrapassa as fronteiras geográficas fisicamente estabelecidas.

Assim, o Estado necessita elaborar uma política criminal, ou seja, um conjunto harmônico de procedimentos que objetivam o controle do fenômeno criminal, utilizando-se para isso não somente dos preceitos normativos previstos no Direito Penal, como também de outras fontes de controle social.

A partir dessa concepção, a cooperação internacional surge como um instrumento necessário para os Estados, os quais, com o estabelecimento de acordos, estabelecem mecanismos objetivando diminuir a incidência criminosa transnacional.

Outro aspecto fundamental é o efeito transnacional da legislação penal estatal. Entretanto ainda existem alguns pontos a serem discutidos e adaptados, dentre eles a necessidade de alteração de aspectos relacionados à dogmática jurídico-penal, a soberania do Estado-Nação, bem como a dificuldade de uniformização legislativa, considerando que para colocar em prática esses mecanismos, questões referentes à índole constitucional também devem ser discutidas.

Nesse sentido, a atual realidade demonstra que uma quantidade considerável de condutas, relacionadas à criminalidade econômica, vêm sendo consideradas como típicas e, a elas atribuídas sanções privativas de liberdade, na maioria das vezes com limites bastante gravosos. Além da prevalência da flexibilização de direitos e garantias fundamentais.

Buscando, de certa forma, justificar e de outra apresentar proposta de mudança, surgem algumas concepções no sentido de propiciar, mesmo com a legislação interna, meios eficazes para o controle da macrocriminalidade.

Dessa maneira, juristas como Silva-Sánchez propõem uma modificação dentro do Direito Penal, a fim de atingir a criminalidade dos poderosos, denominando como direito de velocidades ou poder-se-ia dizer um Direito Penal administrativo.

Outra proposta, defendida por Hassemer, é a transferência de condutas que hoje estão abrigadas pelo Direito Penal para outro ramo de regulação, o qual denomina “Direito de Intervenção” ou um direito administrativo sancionador.

Diante desse contexto, propõe-se explicar inicialmente sobre as características de uma política criminal, inclusive reportando aspectos relacionados a correntes ideológicas.

Na seqüência, far-se-á uma abordagem acerca da internacionalização da lei penal, os obstáculos encontrados, bem como suas conseqüências.

Em outro momento, apresentar-se-ão as características da expansão do Direito Penal, suas principais causas e conseqüências, inclusive no que se refere à

tendência à adoção de uma política de prevenção, no que diz respeito aos crimes econômicos.

A partir da análise da tendência preventiva, manifestada pelo regramento normativo estatal, fazem-se alguns apontamentos acerca das características de um pretense modelo ideal de administrativização para um Estado Democrático de Direito.

A definição do crime de “lavagem” de capitais será abordada, a fim de que se possa compreender a abrangência da sua denominação.

Finalmente, dedica-se um capítulo para tratar do regramento normativo jurídico-penal da lei de “lavagem” de dinheiro – Lei 9.613/1998, apresentando aspectos que representam a adoção pelo legislador pátrio de concepções caracterizadoras do Direito Penal do inimigo, para ao final apresentar as características do regime administrativo sancionador adotado pela referida legislação, que é um exemplo de legislação multidisciplinar.

2 POLÍTICA CRIMINAL DIRIGIDA AOS CRIMES TRANSNACIONAIS

2.1 POLÍTICA CRIMINAL – CORRENTES IDEOLÓGICAS E FORMAS DE APRESENTAÇÃO

Abordar o tema política criminal é de suma importância, pois a partir deste contexto, apresenta delineamentos direcionados às formas de controle da criminalidade, por meio de manifestações advindas por parte do Estado, ou por parte do corpo social.

Delmas-Marty (2004, p. 3-4) define política criminal como “conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social”.

O fenômeno criminal apresentado pode ser retratado como um comportamento desregrado por parte do indivíduo, o qual atua, seja de forma individual ou coletiva, em desconformidade com o sistema normativo, independentemente da natureza do delito praticado.

De acordo com Liszt (2003, p. 72) o objeto da política criminal está fundado na solução científica das questões relacionadas ao “fundamento jurídico e aos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime”, ressaltando ainda:

A esta ciência incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins.

Além de constituir um conjunto de procedimentos que busca organizar o “corpo social”, a política criminal tem, a princípio, por objeto permanente, segundo Delmas-Marty (2004, p. 45):

garantir a coesão e sua sobrevivência (corpo social), respondendo à necessidade de segurança das pessoas e dos bens. Porém, precisamente no mundo moderno, as escolhas de política criminal – quer se trate de

delimitar o fenômeno criminal ou de definir as respostas a este fenômeno se orientam de forma diferente conforme essa necessidade de segurança seja apreciada, sentida, compreendida por meio de um ou outro valor considerado fundamental.

A realidade atual representa por excelência, o tempo da política criminal, considerando o aumento significativo da criminalidade, bem como a maior gravidade como característica marcante da criminalidade contemporânea.

A partir das proposições ou mandamentos fundamentais da política criminal, os quais segundo Dias (2001, p. 3-4) “são encontrados no campo de projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social” é que será possível esperar o controle da criminalidade¹.

Outras formas de controle social, além do Direito Penal, estão inseridas na política criminal cujas formas podem ser denominadas como não-penais (sanções administrativas, por exemplo) e não-repressivas (prevenção, reparação, mediação, por exemplo).

A partir dessa concepção, têm-se diversos sistemas de política criminal os quais correspondem com as variações relacionadas às respectivas correntes ideológicas que os norteiam.

No que se refere à primeira classificação denominada como *corrente liberal*, segundo Delmas-Marty (2004, p. 45), presente no período final da Idade Média:

a razão, a natureza, o indivíduo e a propriedade foram conquistas representativas do referido período. No entanto, a liberdade é a principal característica da corrente liberal, sendo aquilo que dá ao homem sua qualidade de ser humano. Porém a liberdade, neste enfoque, está estritamente fundamentada na lei. Assim, a política criminal neste período, baseada absolutamente na lei e, por esta razão assegurando a liberdade, transforma-se no denominado princípio da legalidade².

¹ Jorge Figueiredo Dias na referida obra (2001, p. 3-4) denomina o crime como “flagelo das sociedades actuais”, cujo fenômeno deve ser dominado, considerando que o seu aniquilamento é uma utopia.

² TIEDEMANN (2003, p. 31) acerca do princípio da legalidade afirma: El principio da legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) forma parte del núcleo duro tradicional del derecho penal europeo tanto en el sentido de la filosofía del derecho, como en el de su historia y principios generales y está presente en los ordenamientos continentales y en el conjunto de países del *common law*. En los primeros el fundamento de la pena y su agravación requieren de un precepto penal escrito, que por regla general ha de ser una ley parlamentaria; en los segundos pese a que todavía hoy existen *common law offences*, creaciones jurisprudenciales que constituyen desde el punto de vista continental derecho consuetudinario o judicial, las diferencias se han relativizado substancialmente incluso en este marco. En la mayoría de los ordenamientos de la UE del principio da legalidad se derivan una serie de subprincipios y mandatos. Ainda acerca do princípio da legalidade importante citar Beccaria (2003, p. 20) “apenas as leis podem indicar as peças de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador (..)”.

A política criminal relacionada à corrente liberal foi tratada por Dias (2001, p. 9) como o Estado de direito formal, de vertente liberal e individualista:

que a política criminal se devia remeter (e limitar) à sua função específica de revelar os caminhos da *reforma penal*, de actuar exclusivamente, por conseguinte, ao nível de *iure constituendo*: ela não detinha competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, a sistematização e, em definitivo, a aplicação das normas jurídico-penais, não se encontrava titulada para agir ao nível de *iure constituto*.

Desta maneira, à política criminal restava tão somente dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe direcionamentos em tema de reforma penal. Assim, Dias (2001, p. 10) assevera no que diz respeito a incidência direta sobre o Direito Penal que “tanto a política criminal, como a criminologia só a podiam alcançar dentro de um certo ordenamento jurídico-positivo, subordinadas à aparelhagem conceitual e à plenitude sistemática daquele e sem que sobre o sistema e os seus conceitos pudessem exercer qualquer influência direta”.

Como uma crítica à corrente liberal surge, segundo Delmas-Marty (2004, p. 45), a segunda classificação denominada *corrente igualitária*:

com fundamento de que embora o liberalismo tenha o mérito de manter uma democracia formal, pois garantido pelas leis e pela Constituição, fracassaria sempre em instaurar uma democracia real, em razão de não poder ser tratado como uma organização neutra, por ser dominado por forças sociais e, sobretudo econômicas.

No contexto do Estado social, conforme Dias (2001, p. 11-12), “paradigma que substituiu o Estado de direito formal” houve redução das exigências da legalidade formal em favor da promoção e da realização de condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social.

Desta forma, no Estado de direito formal o que prevalecia era o domínio absoluto da legalidade formal-processual sobre o social, já no Estado social havia o predomínio do social com um certo menosprezo do jurídico.

Delmas-Marty (2004, p. 50) propõe um raciocínio semelhante à Dias, porém com denominações diferenciadas subdividindo a corrente igualitária em dois ramos completamente contrapostos, quais sejam: “movimento libertário ou anarquista” que conjuga igualdade com liberdade e ainda a “tendência autoritária” cuja relação está direcionada à conjugação igualdade com autoridade.

Portanto, a partir da concepção de Delmas-Marty (2004, p.50) um dos ramos integrante da corrente igualitária, denominado como *movimento libertário ou anarquista* surgiu a partir do século XIX e sua principal característica era:

a liberdade ilimitada como um anseio incondicional ao lado da igualdade total. Este movimento rejeita qualquer legislação, qualquer autoridade e qualquer influência, apresentando a idéia de suprimir o Estado para realmente estabelecer o regime de liberdade ilimitada, complementada pela igualdade total. Organizada pela liberdade e moralizada pela igualdade, a anarquia se tornaria, assim, sinônimo de ordem, porque a ordem imposta, tal qual ela existe, incita a revolta, logo à desordem, ao passo que a ordem livremente organizada é uma ordem que é respeitada e contra a qual não há nenhuma razão válida para se insurgir.

Quanto aos crimes propriamente ditos, o referido movimento considerava consoante Delmas-Marty (2004, p. 52) “que a injustiça social é a sua principal causa, concluindo, sem dúvida um tanto rapidamente, que, uma vez esta causa suprimida, eles cessarão quase por completo”.

Como a ocorrência de crimes estaria diretamente relacionada à injustiça social, desapareceria, portanto a necessidade de qualquer política criminal, considerando que a lei social se cumpriria por si mesma, sem supervisão nem comando, somente pela espontaneidade universal.

Ressalta ainda Delmas-Marty (2004, p. 52) que para os integrantes do movimento libertário “os crimes que porventura ocorressem deveriam ser tratados como doença e neste sentido necessitariam de tratamento curativo, ao invés da imposição de sanções punitivas, baseadas na vingança da sociedade”.

A *tendência autoritária*, nascida a partir do marxismo-leninismo em 1917, também está inserida na denominada corrente igualitária, a qual segundo Delmas-Marty (2004, p. 53), se manifesta a partir da “prevalência da liberdade individual sobre a igualdade”.

Desta forma, tem-se o enfraquecimento do Estado refletido na modificação do sistema normativo, passando, portanto de um controle pelo Estado para um controle pela sociedade.

O princípio da legalidade da corrente liberal reaparece, porém há rejeição por parte dos marxistas da primazia do direito sobre o Estado, afirmando inclusive, que o direito e o Estado são absolutamente independentes.

No que tange à terceira e última classificação denominada *corrente totalitária*, na manifestação de Delmas-Marty (2004, p. 56): “a autoridade prevalece sobre a

liberdade e a igualdade, tomando forma na figura de um chefe que manifesta e determina a sua vontade de dominação, seja de uma nação (fascismo), seja de uma religião (integrismo).”

Logo, a política criminal presente na ideologia totalitária, segundo Delmas-Marty (2004, p. 59) “reflete a necessidade de reforçar o controle do Estado sobre as respostas ao fenômeno criminal, rejeitando por completo o princípio da legalidade”. Esta rejeição se materializa a partir da consideração de que a tipificação de uma infração penal está presente no comportamento desregrado, religioso ou político independentemente do direito positivado.

Em suma, a política criminal presente na *ideologia liberal* se manifesta por meio da liberdade como valor fundamental, todavia limitada ao sistema normativo. Assim, o princípio da legalidade surge como fundamento para a tipificação de condutas desviantes e previsão das respectivas sanções punitivas.

Dessa maneira, a política criminal não poderia influenciar na interpretação e sistematização das normas, contudo somente poderia apresentar meios para, se necessário, buscar uma reforma penal, para, a partir da norma alterada, poder ser efetivamente aplicada, levando em consideração o princípio da legalidade.

Sintetizando da mesma forma, para a *ideologia igualitária*, a liberdade, para o movimento libertário, continuava sendo considerada como valor fundamental, porém o princípio da legalidade fora colocado à margem, prevalecendo, portanto, a liberdade sem limites normativos. Nesse período, não se admitia nenhuma espécie de política criminal, as regras sociais se cumpririam pela denominada espontaneidade universal, sem a necessidade de nenhuma forma de imposição legal.

Já para o movimento totalitário, presente na ideologia igualitária, a liberdade individual tinha prevalência sobre a liberdade coletiva, propondo uma modificação do sistema normativo, passando do controle Estatal para um controle da sociedade, afastando ainda, a primazia do direito sobre o Estado, ocupando estes, lugares absolutamente independentes.

A política criminal para a *ideologia totalitária*, em resumo, estaria representada pelo controle Estatal como resposta ao fenômeno da criminalidade, afastando completamente o princípio da legalidade e depositando, nas mãos de um chefe político ou religioso, representando o Estado, todo o poder sobre a liberdade dos indivíduos.

Assim, a partir do momento em que a política criminal evoluiu, segundo Dias (2001, p. 15) “de uma concepção própria do Estado de direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado social, mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com o império da regra de direito” cederam lugar, segundo o autor, ao denominado “Estado de Direito material contemporâneo”. O mencionado Estado passa a se preocupar rigidamente com a legalidade de seus atos e “acima de tudo com a consciência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa”.

Ainda no que se refere à política criminal, é importante ressaltar alguns aspectos tratados por Delmas-Marty (2004, p. 60), que apresenta alguns fatores, denominados como invariantes ou elementos invariáveis que, estariam presentes na vida em sociedade, independentemente da ideologia a ser seguida.

O primeiro elemento invariável é denominado por Delmas-Marty (2004, p. 61) como “comportamento de desvio das normas”, o qual suscita reprovação por estar diretamente ligado à prática delituosa. O fenômeno criminal reprovável se manifesta por meio de um comportamento que se apresenta em desconformidade com a norma, seja esta estabelecida pelo sistema normativo ou pelo sistema social.

Outra invariante, apresentada por Delmas-Marty (2004, p. 64), é a existência de resposta por parte da sociedade, bem como do Estado ao fenômeno criminal. A sociedade pelo meio escolar, religioso ou familiar e o Estado com o sistema judiciário, instâncias administrativas e polícia judiciária.

Dessa forma, Delmas-Marty (2004, p. 67-68) apresenta o que denomina como “átomo” da política criminal apresentando a relação existente entre a infração-desvio e a resposta apresentada pelo Estado e pela sociedade ao comportamento desconforme assumido pelo indivíduo.

À relação *infração-resposta do Estado* estão ligados o sistema penal, mas também outras técnicas do Estado, técnicas do direito administrativo (sanção administrativa), do direito civil (reparação civil) ou técnicas de mediação controladas pelo Estado (conciliação quando o conciliador é nomeado e/ou controlado pelo Estado). A relação *infração-resposta da sociedade* corresponde quer a uma resposta corporativa do meio profissional (sanção disciplinar), quer a uma resposta individual da vítima (autodefesa). À relação *desvio-resposta do Estado*, esta evoca diversas formas de controle social do desvio que são exercidas sob o controle das autoridades judiciárias ou policiais ou, ainda de forma autônoma pelas instâncias do Estado de caráter médico-social. (...) A última relação, *desvio-resposta da sociedade* evoca formas menos coercitivas, que tendem à iniciação do indivíduo às normas do grupo (educação dada pela família, escola ou ainda pelo meio profissional ou social).

A partir dessa acepção, constata-se que a política criminal se faz presente através de meios de controle do fenômeno criminal, utilizando-se para atingir este objetivo não somente o Direito Penal como meio coercitivo de imposição de sanções punitivas, mas, sobretudo, outras formas de manifestação apresentadas pelo próprio Estado ou mesmo pela sociedade que representam formas reduzidas de coerção.

No que se refere à legitimação do Direito Penal como parte integrante da política criminal, Hassemer (2008, p. 142) afirma que ela provém “menos da correção e pureza de suas leis e normas e mais de sua aptidão para produzir conseqüências desejadas, solucionar conflitos e ter influência sobre a criminalidade”.

No entanto, para que uma política criminal possa, desta forma, produzir as conseqüências desejadas há necessidade inicialmente, segundo Hassemer (2008, p. 270-271) de reconhecer que o “objeto contra o qual, o Estado deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido” e a partir desta concepção envidar esforços no sentido de reconhecê-lo na sua integralidade, evitando a compensação da ignorância criminológica com a intensidade da repressão:

As conseqüências a serem extraídas do conhecimento deficiente do objeto de intervenção são: emprego intensivo de pesquisa e conhecimento voltados à delimitação criminológica da “criminalidade organizada”, pois, se a situação se apresenta ameaçadora, com mais razão deve-se envidar todos os esforços para vê-la com clareza o mais breve possível; emprego mais cuidadoso e prudente de meios mais enérgicos de combate e elucidação, pois, quem não vê seu alvo com precisão e por isto necessita atirar com chumbo miúdo, deve, pelo menos, dominar a trajetória do tiro o mais longe possível; permanente verificação, com auxílio das ciências empíricas, sobre os meios de combate, se e quando alcançam ou não resultado, pois, quem anda no escuro deve firmar cada passo.

Dessa maneira, pôde-se discorrer acerca da concepção geral, a respeito das formas de apresentação de uma política criminal, que tem por objetivo limitar a ocorrência de comportamentos desviantes, definidos como fenômeno criminal, bem como apresentar respostas apropriadas a este fenômeno, sejam elas provenientes do Estado ou da sociedade.

2.2 CRIMES TRANSNACIONAIS – CONCEPÇÕES

A partir da chamada sociedade industrial, em que houve o surgimento de novos riscos e o agravamento de riscos já existentes gerados pelo grande desenvolvimento tecnológico, surgiu o modelo social, denominado em 1986 por Beck (1998), como “sociedade de risco”.

Dias (2001, p. 158) afirma que os riscos existentes até o surgimento da denominada “sociedade de risco” provinham ou de acontecimentos naturais, para os quais a tutela advinda do Direito Penal é absolutamente incompetente ou das próprias ações humanas, cujas condutas precisas e definidas poderiam ser contidas exclusivamente a partir da tutela dispensada aos clássicos bens jurídicos como a vida, a integridade física, a saúde e o patrimônio.

No entanto, o novo modelo social denominado “sociedade de risco” anuncia o fim da sociedade industrial em substituição a uma sociedade, segundo Dias (2001, p. 158):

exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles *globais* ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.

O novo modo de ser/viver social denominado como sociedade de risco, como se observa, trata-se de uma sociedade que vive em situações de riscos constantes e concomitantemente objetiva buscar meios para a contenção dos riscos dela provenientes.

Na sociedade contemporânea o enfrentamento dos riscos gerados, inclusive no que se refere ao fenômeno criminal deve estar revestido de eficiência e agilidade, considerando que os fatos ocorrem na mais alta velocidade e, portanto, em tese, devem ser, na mesma proporção, combatidos.

A criminalidade transnacional é o reflexo de uma sociedade eminentemente tecnológica que com os seus métodos avançados passa a gerar riscos na mesma proporção ao ponto de desestruturar todo o sistema estatal, de acordo com Pitombo (2003, p. 29) “técnicas avançadas de hoje possibilitam a realização de condutas

delitivas, mediante o uso de computadores, manipulando dados pessoais, contratos eletrônicos, serviços bancários, controles fiscais e aduaneiros, entre outros.”

Barros (2007, p. 35) assevera que o atual contexto globalizado é um terreno fértil para a denominada criminalidade transnacional na medida em que suas ações locais e singulares passam a ter conseqüências gerais, longínquas e inesperadas:

É fato notório que a possibilidade de se efetuar a movimentação de ativos financeiros, em tempo real e em escala mundial, segue impulsionada pelo dinamismo da crescente sofisticação dos meios de comunicação e dos artefatos cibernéticos. Assim a velocidade e a fluidez que caracterizam a criminalidade econômica tornam maiores os desafios e as dificuldades para enfrentá-la.

A velocidade anteriormente mencionada pode ser constatada conforme Giddens (2000, p. 20), “através das denominadas empresas transnacionais, ou seja, as corporações, assim como milhares de investidores individuais, os quais, diante do avanço tecnológico podem transferir vastas quantidades de capital de um lado do mundo para outro ao clique de um mouse”.

A respeito das exigências do mercado face à instabilidade gerada pela criminalidade transnacional, Silva³ (2005, p. 252) acrescenta:

as grandes decisões sociais, na sociedade contemporânea, devem ser tomadas em milésimos de segundos, face às exigências do mercado, todavia, os efeitos destas decisões podem ser catastróficos. A par disso, surge uma nova criminalidade que vem minando a todo o momento estes riscos, criando uma situação de instabilidade contínua. Ante os já referidos problemas, redimensionado pelo medo impulsionado pelos meios de comunicação, surgem novas políticas criminais que tentam a todo o custo controlar o risco imanente a esta sociedade.

A sociedade que convive com os riscos constantes, provenientes do fenômeno da globalização, do mundo sem fronteiras, dificulta a atuação do Estado frente a prevenção e a repressão à criminalidade transnacional que age muito além dos limites geograficamente pré-estabelecidos.

Silveira (2006, p. 56) afirma que: “a sociedade de risco e a globalização são, pois, elementos em interação. Uma atua sobre a outra, incrementando riscos globais

³ Trata-se de Eduardo Sanz de Oliveira e Silva autor do artigo: Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito inserido na obra: Temas de Direito Penal Econômico sob a coordenação de José de Faria Costa.

e alterações pontuais nas relações humanas. Vale dizer, o risco incrementa-se em uma sociedade globalizada e por várias razões.”

Silva Sánchez (2002, p. 80) afirma que “criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinqüência da globalização” apontando do ponto de vista estrutural, duas principais características desta espécie de criminalidade:

Por um lado, trata-se de uma criminalidade, em sentido amplo, *organizada*. Vale dizer, nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja na forma estrita da organização criminal. A dissociação que isso produz entre execução material direta e responsabilidade determina, ainda, que o resultado lesivo possa aparecer significativamente *separado, tanto no espaço como no tempo*. Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes são traços da mesma forma notáveis.

A globalização não pode ser compreendida a partir de um único sentido, sua dimensão atinge dimensões muito amplas decorrentes do reconhecimento da realidade e da irreversibilidade de uma sociedade mundial, a qual Franco (In PODVAL, 2000, p. 238-239) afirma que “contém seu ponto fulcral na existência de um mercado mundial que não conhece fronteiras. O caráter transnacional do mercado não respeita os Estados-nações, condenados a um desmonte sistemático”.

A criminalidade transnacional, apesar de estar sendo discutida a partir dos fins do século XX não teve sua origem neste período, mas sim segundo Silveira (2006, p. 58):

Com origens remotas nas velhas famílias criminosas, mafiosas, de origens italiana, japonesas, como a *Yacuzá*, chinesas, como as tríades, ou, ainda, russas, após a queda do velho império, o crime organizado é, na atualidade, fenômeno que bem reflete a quebra das fronteiras nacionais. Em período anterior os vários ramos ou famílias cingiam suas atividades a área bem específicas. Hoje não. Transformaram-se elas em um tema que abala as próprias estabilidades econômicas, políticas e sociais de vários países.

Desta forma, pode-se afirmar que atualmente o objeto de estudo do Direito Penal é diverso do paradigma clássico, ou seja, do homicídio ou da delinqüência patrimonial tradicional. Silva Sánchez (2002, p. 77) denomina esta espécie delituosa como:

crimes of the powerful, delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinqüência passional ou dos *crimes of the powerless*).

Franco (In PODVAL, 2000, p. 260) procura apresentar respostas direcionadas no sentido de nortear a atuação do Estado, a partir do conhecimento de algumas das principais características dos denominados crimes transnacionais, afirmando que:

estão abarcados neste contexto, os crimes econômicos, e financeiros, os crimes ligados à tecnologia informática, os crimes contra o ambiente, os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, o terrorismo, o contrabando e comércio de pessoas ou de partes do corpo, as contrafações, a espionagem industrial, e evasão fiscal, dentre outros.

Algumas características específicas desta espécie de criminalidade crescente são apontadas por Franco (In PODVAL, 2000, p. 260) como sendo: estrutura organizacional sofisticada, a qual tem como objetivo primordial a obtenção de lucros ilimitados. A indeterminação geográfica é outra peculiaridade, pois as ações delituosas são praticadas concomitantemente em diversos âmbitos territoriais, dificultando inclusive a atribuição de competência para julgamento das infrações cometidas. Outro aspecto é a grande capacidade de “maquiar” as operações realizadas, permanecendo elas numa zona cinzenta entre o lícito e o ilícito.

Diante da busca incessante da redução significativa da criminalidade transnacional, especificamente a econômica, o Direito Penal passou a adotar uma política de criminalização de condutas, revelando a partir deste aspecto, seu caráter expansionista. Desta forma Hassemer (1993, p. 640) assevera que o Direito Penal passou a atuar:

principalmente, nas partes especiais dos Códigos Penais e das legislações especiais criando novas figuras penais ou ampliando os tipos já existentes, fundamentalmente em setores antes não abrangidos pelo Direito Penal, ou, se abrangidos, não com tanto rigor; é o caso do meio ambiente, da economia, do mercado exterior e da criminalidade organizada. (...) Em resumo, o Direito Penal dos últimos anos aumentou significativamente sua capacidade, eliminando algumas garantias específicas do Estado de Direito que se converteram em um obstáculo para o cumprimento de suas novas tarefas.

É evidente que os meios de controle social, de maneira geral, caminham a lentos passos, em comparação ao avanço tecnológico, que amplia as fronteiras para a prática criminosa. E, assim, o Estado, com o seu “caminhar”, não possui condições de reconhecer o “inimigo” em tempo hábil para combatê-lo com “armas” que possuam potencial equivalente, pois, é claro, desconhece o potencial por ele (inimigo) representado.

Assim, a utilização de tecnologia avançada, representa um obstáculo significativo à atuação estatal e, acerca do assunto Franco (In PODVAL, 2000, p. 265) afirma que:

a revolução tecnológica tem um *timing* todo especial: as transformações sucedem-se numa velocidade nunca antes detectada. E mais do que isso, tem uma força de propagação capaz de alargar espaços. O direito, que vem sempre atrás das mudanças, aguardando que elas se concretizem e se consolidem, para formular o discurso jurídico, se vê atropelado pela rapidez do processo transformador. Foi ele, sem dúvida, apanhado de surpresa e seu equipamento conceitual se revela inadequado, despreparado e, em algumas situações até mesmo superado, para apreender e regular os problemas propostos pela globalização e a conseqüente criminalidade transnacional.

Dessa maneira, a proliferação legislativa representa uma forma de agir do Estado no sentido de apresentar uma resposta à sociedade, numa tentativa, muitas vezes, frustrada, de demonstrar que o combate à criminalidade é eficiente.

E assim, a quantidade supera a qualidade e eficácia, porque o Estado age desta maneira acreditando que, caso estabeleça taxativamente os tipos penais e suas respectivas sanções, conforme estabelece Bottini (2007, p. 94) “menor seria sua capacidade de abrigar condutas perigosas inéditas, não previstas ou não existentes durante sua construção legislativa”.

No mesmo sentido, buscado demonstrar a forma de atuação do Estado, Hassemer (2008, p. 308-309) assevera que:

nós enfrentamos esses riscos com novos tipos penais, com o aumento das penas, com o aperfeiçoamento dos instrumentos de investigação, enfim, com ingerências nos direitos fundamentais dos cidadãos, entre eles, o direito à liberdade. Nós praticamos prevenção com o emprego do Direito Penal, isto é, com restrição da liberdade e, assim fazendo, fracassamos duplamente: além de não alcançarmos o objetivo, renunciamos aos poucos a princípios sem os quais uma vida digna em sociedade não é possível.

Para a delinqüência da globalização sendo assim definida como o delito econômico organizado na concepção de Silva Sánchez (2002, p. 93-94) a tendência é “assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções”.

Hassemer (2008, p. 302-303) alerta que há necessidade de reflexão acerca do assunto, pois a respeito da criminalidade organizada:

não sabemos quase nada com exatidão acerca do objeto com o qual estamos lidando, estamos, não obstante isso, firmemente decididos a combatê-lo. Atiramos então, e com munição pesada, em um alvo pouco nítido e presumivelmente mutável. Isso certamente tem conseqüências no que diz respeito a uma prática sensata de Política criminal: ela precisa ser implementada em regime experimental para evitar que erros persistam; ela precisa estar em permanente contato com a pesquisa empírica para construir bases sólidas o mais rápido possível; ela precisa estar disposta a revogar normas mais rigorosas que tenham se mostrado inócuas. Enfim: ela precisa, ao adotar uma orientação para combater a criminalidade, adequar-se às circunstâncias e limitações que a cercam.

Assim, apesar da latente inexatidão no que se refere ao desconhecimento, por parte do Estado do objeto de controle a política criminal por ele adotada, segundo Hassemer (2008, p. 303) não dá importância ao fato de estar cercada de incertezas:

Ao contrário: ela substitui sua insuficiente capacidade de orientação por vigorosa determinação, substitui iniciativas experimentais por um iterativo aumento do rigor legal. A revogação ou o abrandamento de seus instrumentos de combate não está no programa, e o questionamento acerca de sua adequação é apenas aos poucos admitido.

De forma resumida, Silva Sánchez (2002, p. 96) afirma que “a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e relativização de princípios: abona a tendência geral no sentido da expansão”.

Diante da característica expansionista do Direito Penal, ou seja, da proliferação legislativa, bem como do aumento significativo da reprimenda sancionatória tem, segundo Franco (In PODVAL, 2000, p. 259-260) dois objetivos evidentes:

por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do fenômeno globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por

outro, o significado simbólico⁴ de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, evitar sua perturbação e buscar sua preservação, antepondo-os aos valores, direitos e garantias do indivíduo. Esse Estado de duas caras, tímido e temeroso em relação à criminalidade transnacional, e duro e inflexível, na punição da criminalidade de massa, não tem mais condições de sobrevivência e tem que ser reconstruído para que perca sua incômoda ambivalência.

Em tempos não muito remotos, a criminalidade econômica não era objeto de reprovação social, principalmente porque em primeiro lugar as vítimas destes delitos não eram claramente identificadas, em segundo lugar, a prática, na maioria das vezes, reportava-se a pessoas jurídicas, além do fator relacionado à transnacionalidade do crime, motivos suficientes para não gerar, à época, repercussão social.

No entanto, quando a ocorrência da criminalidade econômica e organizada passou a prejudicar diretamente a sociedade, na medida em que os cofres públicos passaram a ser violados pelas mãos dos próprios representantes do Estado, houve uma mobilização social no sentido de buscar uma solução para o problema, considerando que a vítima do prejuízo gerado por essas condutas era a própria população.

Entretanto, como se pôde constatar o Direito Penal, como parte integrante da política criminal adotada atualmente, encontra sérias dificuldades, seja por não conseguir colocar em prática determinados meios de controle, em razão de não possuir condições estruturais neste sentido, seja em razão de fatores técnicos, relacionados à própria dogmática jurídico-penal que necessita de reestruturação para que possa atingir efetivamente a criminalidade transnacional, além das fronteiras geográficas.

Enquanto a política criminal tem se limitado a bem-intencionadas advertências quanto a intervenções exageradas na liberdade dos cidadãos ou até mesmo ao apoio e apresentação de propostas no sentido de aumentar o rigor legal. Acerca deste fator Hassemer (2008, p. 287-288) assevera que “enquanto isso, a criminalidade segue o seu curso. De um modo geral, as estatísticas têm crescido continuamente, particularmente nos casos mais relevantes para a política criminal: drogas, ambiente, economia e recentemente crime organizado”.

⁴ Acerca do Direito Penal simbólico, HASSEMER (2008, p. 230) afirma que: “este é multifacetado ajustando-se às concepções de “insegurança global” numa “sociedade do risco”. O Direito Penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal.

Diante desse fato, o Estado sentiu a necessidade de recorrer não só ao Direito Penal como forma de controle do fenômeno criminal, mas também buscou compartilhar responsabilidades com entes privados, além de, em determinados aspectos, estender expressamente as atribuições, a outras esferas de controle, como o direito administrativo, por exemplo, utilizando-se dele, inclusive para impor sanções⁵.

Hassemer (2008, p. 290) afirma que:

No Direito Penal material, as reformas têm significado o aumento do rigor legal e, até o momento, têm se concentrado naqueles campos em que a opinião pública vem exigindo atuação urgente: drogas, ambiente, economia, comércio exterior, crime organizado. Proibições do Direito administrativo são incorporadas ao Direito Penal, novos fatos típicos são introduzidos e os existentes são ampliados, as fronteiras penais são alargadas. O Direito Penal codificado, a clássica Parte Especial ou a Execução penal não interessam ao legislador reformador.

Essas medidas extensivas, adotadas pelo Estado em relação à criminalidade econômica no Brasil, puderam ser constatadas a partir do ano de 1986. É claro que a mudança existente, principalmente no que se refere à concepção da sociedade sobre o impacto exercido pela macrocriminalidade, não se reflete em momento estanque e específico, porém reporta-se a este período, considerando a entrada em vigor das Leis 7.492/96 – Crimes contra o sistema financeiro, 8.137/90 e 9.249/95 – Crimes contra a ordem tributária e 9.613/1998 – Lei de “lavagem” de capitais.

Outro aspecto significativo de mudança de enfoque da política criminal adotada atualmente é a existência de cooperação internacional tendo organismos internacionais sendo formados com o fim precípuo de diagnosticar a prática dessa espécie de criminalidade, bem como buscar meios de prevenção, controle e repressão.

No que se refere ao aspecto teórico a soberania estatal deve prevalecer nos estritos limites de suas fronteiras territoriais, no entanto a realidade demonstra uma concepção diversa como salienta Franco (In PODVAL, 2000, p. 239):

⁵ As sanções aplicadas a partir do direito administrativo são aquelas previstas em legislações extravagantes, como a lei de lavagem de capitais – Lei 9.613/1998, por exemplo, as quais são diversas da pena privativa de liberdade. A competência é deslocada do Poder Judiciário para um órgão administrativo com atribuição para presidir um processo administrativo, bem como impor a respectiva sanção, desde que levando em consideração o atendimento dos princípios e garantias constitucionais.

a realidade deixou patente que, numa sociedade mundial, não há mais espaços geográficos fechados e que as políticas estatais, de aspecto financeiro, monetário, social, de meio ambiente, militar etc. têm seus centros de decisão fora do Estado-nação, não em outro ou outros Estados-nações, mas, sim, nos grandes conglomerados econômicos transnacionais.

Na concepção de Silva Sánchez (2002, p. 75-76) não está se tratando da discussão acerca da possibilidade de uma ciência supranacional do Direito Penal, mas sim da construção de concretas respostas jurídico-penais supranacionais. E, assim não há como afastar a flexibilização das regras de imputação e da relativização de garantias político-criminais, substantivas e processuais

Desta forma Silva-Sánchez (2002, p. 81) afirma que o objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é “proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinqüência transnacional, que evite a conformação de paraísos jurídico-penais”. Porém trata-se de uma tarefa difícil, considerando que há necessidade de “combater uma modalidade de delinqüência na qual a intervenção dos principais responsáveis das organizações pode estar significativamente distanciada do lugar e momento dos atos de execução”.

O assunto relacionado à dificuldade enfrentada pelo Estado para reduzir significativamente a quantidade dos denominados “paraísos jurídico-penais”⁶ por meio de uma legislação capaz de atingir todos os âmbitos territoriais, ou seja, atribuir à lei penal um caráter transnacional, característica peculiar da criminalidade econômica organizada é, sem dúvida, um dos maiores desafios a serem enfrentados.

2.3 INTERNACIONALIZAÇÃO DA LEI PENAL

A estrutura interna e limitada do Estado, seja no que tange à delimitação territorial, seja no que se refere à estrutura normativa, atualmente evidencia sua incompatibilidade com a crescente criminalidade dos poderosos, a qual ultrapassa os limites geográficos estabelecidos.

⁶ Expressão utilizada por Silva-Sánchez (2002, p. 81)

Atualmente uma organização criminosa não pode mais ser considerada como um problema interno do Estado, onde estivesse agindo, pois o que se constata segundo Barros (2007, p. 35) é uma “incrível alteração em seu contexto de atuação, pois, em regra, o crime organizado apresenta agora uma dimensão internacional, que, sem dúvida alguma, dificulta uma ação eficaz contra ele”.

A partir desta mudança de paradigma foram definidas novas espacialidades e novas dimensões do convívio entre Estados, Organizações, Instituições e Empresas e desta forma, Caldas (in COSTA, 2005, p. 74) considera que “a descontinuidade de espaços de acção entre o ordenamento dos Estados e a actividade econômica determinou novas necessidades de regulação e acção”. Houve mudança do conceito de território e assim “à liberdade dos mares juntou-se o espaço exterior e os corpos celestes e à água é difícil por fronteiras”.

Porém, um dos problemas enfrentados pelo Estado no que se refere à estruturação de normas de carácter internacional, está direcionado à questão da soberania estatal. Acerca do assunto Barros (2007, p. 37) ressalta que:

Para uma corrente de seguidores do constitucionalismo moderno, a soberania do Estado já está em via de extinção. Alega-se que houve uma mudança do paradigma de Estado adotado pelo constitucionalismo, pois as fontes de produção normativa, cujo controle sempre foi visto como primordial para a existência de uma nação soberana, não mais pertencem ao Estado, mas aos organismos internacionais. Já para outra corrente de estudiosos não se admite a extinção pura e simples da soberania estatal, mas se reconhece que ela já não é mais absoluta.

Reafirmando este posicionamento, Franco (In PODVAL, 2000, p. 263-264) afirma que em relação à criminalidade transnacional, “inobstante os agravos que a globalização provocou no tocante à soberania e ao seu poder regulador, força é convir que lhe cabe ainda a função de contrastar aquela criminalidade”.

Caldas (in COSTA, 2005, p. 99) inclusive apresenta alguns apontamentos acerca da ausência de harmonização no que diz respeito à competência extra-territorial, o que dificulta o exercício do direito de jurisdição entre Estados.

O exercício extra-territorial do direito de jurisdição de um Estado determina potencialmente um conflito efectivo e positivo de competência, já que aquele há-de pretender exercer-se em espaços territoriais sob soberania de outros Estados, mas tem de saber respeitar o princípio fundador da igualdade dos estados em natureza (...). E não está sedimentado em direito internacional o que possa ser consentidamente uma competência extra-territorial legítima.

No entanto, o Estado-nação da forma em que se encontra, ou seja, segundo Franco (In PODVAL, 2000, p. 239) “derruído na sua soberania e tornado mínimo pelo poder econômico global, não tem condições de oferecer respostas concretas e rápidas aos crimes dos poderosos, em relação aos quais há, no momento, um clima que se avizinha à anomia”.

Caldas (In COSTA, 2005, p. 143) salienta que: “o Direito Penal codificado e unitário, que foi criador e criatura do Estado Moderno do iluminismo, começa a ser solapado pela crescente fluidez do Estado (...)”

Neste momento há a pretensão segundo Silva-Sánchez (2004, p. 103) “de que a vocação do Direito Penal de proteção de seus direitos fundamentais não tenha barreiras intransponíveis na idéia de soberania estatal em relação aos crimes dos poderosos”.

Apesar dos obstáculos representados, em tese, pela soberania estatal, Barros (2007, p. 38) assevera que:

De qualquer modo, está prevalecendo o entendimento no sentido de ser perfeitamente possível compatibilizar o respeito à soberania de um Estado com as medidas de *cooperação internacional* na área de combate à criminalidade. Importa dizer que é neste contexto que a Lei de “lavagem” vai encontrar o seu ajuste, pois o eixo motivador do regramento penal a respeito da modalidade criminosa em espécie provém da Convenção de Viena. Sem dúvida, os contornos deste novo sistema indicam que a cooperação jurídica internacional constitui um instrumento de integração jurisdicional penal entre Estados distintos, ainda soberanos.

Em que pese à dificuldade existente, no sentido de que o Estado possa efetivamente agir, frente à macrocriminalidade, e ampliar sua atuação em nível internacional, o primeiro passo é estabelecer um plano de ação, materializado em estratégias possíveis de implantação e implementação de meios de controle.

Todavia, concretamente teria o Estado-nação possibilidade de efetivamente estabelecer e cumprir um plano de ação, modificando sua legislação, a fim de estabelecer um tratamento uniforme às regras normativas, impedindo, dessa forma, a existência dos denominados “paraísos jurídico-penais”?

Na tentativa de responder a estes e outros questionamentos Franco (In PODVAL, 2000, p. 264-265) afirma que:

Há muito que caminhar antes que se visualize esse horizonte, ou seja, o de um Direito Penal internacional que contenha não apenas tipificações da criminalidade transnacional e de violações aos direitos humanos, mas

também implemente condições processuais de perseguição em relação aos que planejam, organizam e operacionalizam tais lesões.

Na doutrina penal assentado posicionamento no sentido de que os Estados devem estimular esforços no sentido de harmonizar as suas respectivas legislações nacionais. Costa e Andrade (In PODVAL, 2000, p. 120) asseveram que “o processo poderia ser iniciado pela elaboração de um conjunto de regulamentações-modelo por parte das organizações internacionais de especialistas de direito criminal”.

A importância da cooperação internacional no combate à criminalidade transnacional é ressaltada por Caldas (In COSTA, 2005, p. 115) quando afirma que “a mobilidade em rede do crime não é só internacional; ela procura, pela sua própria estratégia, ser transnacional. E, por isso, só mesmo a cooperação internacional alargada a pode prevenir e contrariar.”

Como consequência da universalização do Direito Penal, Silva-Sánchez (2002, p. 103) afirma que essa tendência: “é, em princípio, neutra, o que significa que ela poderia ter como efeito o progressivo desaparecimento de certos tipos ou sanções penais existentes em alguns países; ou, ainda, a eliminação das barreiras de punição existentes em outros”.

Algumas estratégias de ação que poderiam ser tomadas por parte do Estado, a fim de atender as expectativas anteriormente mencionadas são apontadas por Franco (In PODVAL, 2000, p. 263-264) como sendo: “em primeiro lugar, a percepção, em nível de sintonia fina, das características próprias da criminalidade transnacional”, pois os estudos neste sentido tendem a precariedade, o que não impede, no entanto o apontamento de mudanças práticas como, por exemplo, a apresentação de um novo conceito de normas contidas na parte geral do Código Penal como: extradição, o princípio da territorialidade da justiça universal, o reconhecimento da sentença penal estrangeira, a fim de “permitir que a legislação penal deixe de ser impotente em face da criminalidade transnacional”. A segunda estratégia apontada é a extrema necessidade de:

cooperação com outros Estados-nações ou com organismos internacionais para efeito, não apenas de homogeneização dos temas da Parte Geral como também para a troca de informações, a facilitação da movimentação do acusado de um Estado para outro, a transferência de prova etc. Além disso, a conjugação dos Estados-nações no sentido de um harmônico e uniforme posicionamento em relação à criminalidade transnacional evitará a conformação, como assevera Silva Sánchez, de paraísos jurídico-penais.

No entanto, a precaução deve permear as discussões sobre a internacionalização do Direito Penal, pois segundo Silva-Sánchez (2002, p. 82):

Nem assimilação nem harmonização legislativas garantem em nenhum caso a homogeneidade das respostas, além de apresentarem dificuldades de índole constitucional. Isso nem sequer se garante com a adoção de tratados de unificação setorial do Direito Penal, que não possam abordar sua aplicação uniforme por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais. Enfim, a atribuição do *ius puniendi*, tanto em sua dimensão legislativa como jurisdicional, a instâncias supranacionais tropeça ao menos de momento com os *déficits democráticos* das instituições surgidas dos processos de integração, quanto mais se se trata de outro tipo de instâncias supranacionais. Na medida em que as penas que se imponham sejam privativas de liberdade (não tanto se se trata de penas pecuniárias ou de penas privativas de direitos), não parece possível hoje em dia atribuir a órgãos de instituições supranacionais o exercício do *ius puniendi* contra a delinqüência da globalização. (...) A homogeneização das regras legais da Parte Geral e dos próprios critérios dogmáticos de imputação em um plano global poderia, além do mais, confrontar em teoria com a natureza “cultural” da dogmática. Silva-Sanchez afirma que compartilha da convicção, profundamente arraigada entre os penalistas, do caráter supranacional da ciência do Direito Penal. (...) Modernamente, rechaça-se por muitos a possibilidade de construir de modo completo o sistema dogmático do Direito Penal sobre a única base das verdades – supostamente permanentes e imutáveis.

Caldas (In COSTA, 2005, p. 144) ressalta que independentemente da harmonização de alguns conteúdos normativos penais, principalmente no que se refere ao âmbito do Direito Penal econômico:

a intensidade do princípio da legalidade, pressuposta pela dupla função do Direito Penal, de restrição do Estado e de restrição dos sujeitos (individuais ou colectivos), parece continuar a identificar-se melhor com o perímetro de intervenção dos Estados, porque a ele se arrimam ainda, ou só nele com substância se arrimam, os direitos humanos fundamentais e os pressupostos de legitimação democrática e jurisdicional que a legalidade constitucional e penal exigem, como aliás sucederá com o essencial do sistema político.

Com as devidas precauções, o fato é que a colaboração internacional tornou-se extremamente necessária para o delineamento de ações que objetivem a prevenção e repressão à criminalidade transnacional.

Considerando que a moderna tecnologia tornou as distâncias e as fronteiras quase invisíveis é imprescindível, segundo Barros (2007, p. 44) “tornar efetiva a reciprocidade na cooperação internacional de natureza investigativo-repressiva, notadamente para conter o avanço do tipo de criminalidade altamente sofisticado”.

Diante disto, Caldas (In COSTA, 2005, p. 101) assevera que “as tradicionais dimensões de um crime – lei, agente, alvo ou vítima, lugar e momento do incidente – são insuficientes para apreender as condições de intervenção do Direito Penal” no que se refere à especificidade da norma penal econômica.

A “lavagem” de capitais é uma espécie característica da criminalidade transnacional, e, neste sentido não deixou-se de atestar que o sucesso das medidas preventivas e repressivas de combate a crimes dessa natureza, segundo Barros (2007, p. 268) “passa necessariamente pelo funil da reciprocidade internacional.”

Na linha da cooperação internacional Caldas (In COSTA, 2005, p. 102) assevera que:

o domínio da criminalidade e do direito internacional penal tem uma vasta tradição de tratados bilaterais ou regionais, mas desenvolve-se principalmente sob a égide das Nações Unidas (Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional), do Conselho da Europa, da União Europeia e também, residualmente, da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Será também indirectamente relevante o vasto acervo de Convenções sobre os direitos humanos. Tal efeito é particularmente relevante no que respeita a convenções sobre crimes internacionais: tráfico de pessoas, escravatura, não discriminação, pena de morte, liberdade de informação e vida privada ou bioética.

Barros (2007, p. 270) afirma que a manutenção da reciprocidade internacional no âmbito do combate à “lavagem” de capitais:

tem como fonte inspiradora o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Capitais – GAFI (Group d’Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux) ou o FATF – Financial Action Task Force on Money Luderling), organismo criado em 1989, em reunião realizada em Paris, pelo G-7 (sete países mais ricos do mundo – EUA, Alemanha, França, Reino Unido, Itália, Canadá e Japão), no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, com o objetivo e examinar medidas, desenvolver política e promover estratégias de luta contra a “lavagem” de capitais.

O número de países componentes do GAFI aumentou significativamente sendo de conhecimento que a sigla GAFI, segundo Barros (2007, p. 270):

o poderoso Grupo de países unidos no combate à “lavagem” de dinheiro, sendo constituído por representantes dos principais centros financeiros da Europa, das Américas e da Ásia. Nele se destaca mais uma vez a característica multidisciplinar que concentra, no seu âmbito de atuação, os poderes de decisão de peritos em questões jurídicas, financeiras e

operacionais, além de expedir recomendações abrangentes para adoção de medidas por todos os países que o integram.

Em suma, a atual dogmática jurídico-penal não permitiu, até o presente momento, a harmonização entre as legislações internacionais, e, por consequência, uma unidade de planejamento e ações, no sentido de combater os crimes de “lavagem” de capitais, a partir das regras de caráter normativo.

No entanto, apesar da competência jurisdicional não possuir condições de ultrapassar fronteiras, a atuação dos organismos internacionais, conforme já mencionado tem apresentado significativa evolução no que se refere à elaboração de estratégias norteadoras da atuação estatal.

Porém, deve-se ressaltar a importância de que qualquer ação emanada do Estado, seja de caráter preventivo ou repressivo, interno ou supranacional deve levar sempre em consideração a primazia dos direitos e garantias fundamentais, para os quais não devem existir barreiras intransponíveis.

3 A EXPANSÃO DA LEI PENAL E A PROPOSTA DE UMA POLÍTICA PREVENTIVA

Acerca da expansão do Direito Penal Silva-Sanchez (2002, p. 21) registra que:

é representada pela nova tendência dominante em todas as legislações, quando da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Silva-Sánchez (2002, p. 139) assevera que “certamente, o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida.”

A expansão do Direito Penal, consoante Silva-Sánchez (2002, p. 27), tem como causa os seguintes fatores: o *efetivo aparecimento de novos riscos*, a *institucionalização da insegurança*, a *sensação social de insegurança*, a *configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”*, a *identificação da maioria com a vítima do delito*, o *descrédito de outras instâncias de proteção*, nos *gestores “atípicos” da moral*, na *atitude da esquerda política: a política criminal social-democrata na Europa* e o *gerencialismo*.

De forma sucinta, porém de não somenos importância, abordar-se-á em que consistem efetivamente as causas da denominada expansão do Direito Penal, a partir da concepção de Silva-Sánchez.

No que se refere ao *efetivo aparecimento de novos riscos*, Silva-Sánchez inicialmente se reporta à denominação atribuída por Ulrich Beck (já mencionado neste trabalho) como sendo “sociedade do risco”, caracterizada basicamente pelo avanço tecnológico, e em função desse fator, um âmbito econômico rapidamente variante. Uma nova sociedade também acaba dando lugar a uma nova criminalidade internacionalmente organizada.

A *institucionalização da insegurança* aparece refletida, na visão de Silva-Sánchez, a partir das decisões humanas que distribuem os riscos gerados

anteriormente. O “outro” se transforma num risco, a partir do fenômeno da criminalidade de massa, outra vertente (não tecnológica) da sociedade do risco.

A *sensação social de insegurança* se manifesta numa sociedade definida por Silva-Sánchez como “sociedade da insegurança sentida” ou como “sociedade do medo”, o que estaria diretamente ligado a três aspectos fundamentais:

- a) a crescente dificuldade da população de adaptação a sociedades em contínua aceleração;
- b) a dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade – a da economia e do conhecimento – caracterizada pela avalanche de informações;
- c) instabilidade emocional-familiar em razão de que a lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa.

Além da incontestável correlação existente entre a sensação social de insegurança diante do delito e atuação dos meios de comunicação.

Outra causa apresentada é a *configuração de uma sociedade de sujeitos passivos* representada por um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de uma “culpa sua” ou que, simplesmente corresponda ao azar; assim, sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas conseqüências, patrimoniais e/ou penais, fenômeno denominado por Silva-Sánchez como “expansão da imputação da responsabilidade”.

A *identificação da maioria com a vítima do delito*, cuja concepção estaria relacionada à mudança de concepção do exercício do *ius puniendi* por parte do Estado, antes considerado como reação estatal contra o delinqüente desvalido, transformando-se em reação social contra a delinqüência dos poderosos, considerando a configuração de uma sociedade majoritariamente de classes passivas (menos favorecidas). Outro aspecto estaria relacionado à própria instituição da pena como mecanismo de ajuda à superação, por parte da vítima do trauma gerado pelo delito. Portanto o aumento do rigor punitivo estaria fundamentado na manifesta solidariedade do grupo social, em razão da impossibilidade de conseguir evitar as conseqüências do delito, em relação à vítima.

O *descrédito de outras instâncias de proteção* também seria o fundamento da expansão do Direito Penal. As instâncias que se encontram em descrédito, seriam na visão do autor: a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo. A primeira (ética social), em razão de que as sociedades modernas teriam perdido o ponto de referência em relação às normas da moral social, ou seja, não há mais critério para distinção do que é bom e do que é mal, surgindo o Direito Penal como substituição dessa ausência. A segunda instância (Direito Civil) estaria em descrédito em razão de que o ressarcimento dos danos, por parte das seguradoras; é claro quando o dano é *segurado*, gera para o indivíduo a diminuição dos níveis de diligência por parte dos agentes, tendo por consequência um decréscimo da eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas. A terceira instância (Direito Administrativo) estaria contribuindo para a expansão do Direito Penal em razão de que os órgãos da administração estariam impregnados principalmente pela corrupção, inclusive, segundo o autor, as administrações públicas estariam tendencialmente buscando cúmplices dos delitos socioeconômicos de várias espécies. Com isso, transfere-se ao Direito Penal uma carga que ele não consegue carregar, ocorrendo uma expansão *ad absurdum* daquele instrumento que deveria ser considerado como *ultima ratio*.

Ao se reportar aos *gestores “atípicos” da moral* como causa da ampliação do Direito Penal, o autor faz referência à expressão *“atypische Moralunternehmer”*, por meio da qual, segundo ele, designam-se alguns novos gestores da moral coletiva, os quais vinham sendo tradicionalmente a determinados estamentos burgueses-conservadores; hoje adquirem tanta ou mais relevância em tal papel as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, antidiscriminatórias ou em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Assim, aqueles que antes repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as “subalternas” agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas.

No que se refere à *atitude da esquerda política: a política criminal social-democrata na Europa* mencionada pelo autor se reflete quando a social-democracia européia passa a assumir, em sua totalidade, um discurso de segurança por meio do Direito Penal. Essa idéia de segurança, denominada como “ideologia de lei e ordem na versão da esquerda” fora inclusive manifestada por parte dos representantes dos

governos francês e britânico, pelos meios de comunicação a denominada “tolerância zero”.

O *gerencialismo* estaria diretamente ligado à justiça negociada, ao desprezo pelas formas e conteúdos. A privatização e a desformalização seriam, ainda uma conseqüência certamente inevitável da expansão do Direito Penal. Assim, segundo o autor, “a privatização e, mais genericamente, a desformalização, a renúncia à dimensão de igualdade e generalidade, de distância e imparcialidade em favor de soluções “de emergência” redirecionam as reações contra o delito ao âmbito do cotidiano. Com isso, privam-lhes da sacralização tradicionalmente própria do que é público, de seu conteúdo simbólico, as deslegitimam e conduzem a uma diminuição da eficácia preventiva, que pode requerer como compensação, um incremento da sanção em seu sentido fático”.

Portanto, esses fenômenos tidos como principais, na concepção de Silva-Sánchez seriam as causas que teriam dado origem à expansão do Direito Penal, ou seja, atribuir ao Direito Penal a responsabilidade para solução dos problemas sócio-criminais vivenciados atualmente.

Silva-Sánchez (2002, p. 28) afirma que:

A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação às quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante).

O fundamento da expansão do Direito Penal é reportado ainda, segundo Silva-Sánchez (2002, p. 27) “a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, como o meio ambiente e, ainda a valoração de certas realidades que sempre estiveram presentes, porém sem serem consideradas da forma que hoje o são, como é o caso do patrimônio histórico-artístico”.

Conforme Silva-Sánchez (2002, p. 23):

Não é freqüente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranqüiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).

Basoco (In BASOCO; SÁNCHEZ, 2004, p. 220) aponta algumas conseqüências, a partir da análise dos fatores que geraram a expansão do Direito Penal, apontando dentre elas: a progressiva e injustificada intervenção do Direito Penal nas atividades econômicas, o que gera a relativização dos critérios de imputação de responsabilidade e dos princípios e garantias, havendo um esquecimento de que o Direito Penal somente deve assumir a defesa do que pode proteger de forma eficaz, sem romper as regras básicas de imputação. Outra conseqüência da expansão do Direito Penal, para o autor, caracterizaria o novo Direito Penal numa profunda administrativização, em razão da intervenção no âmbito econômico – dinâmico e complexo -, exige uma generosa utilização de leis penais em branco, que confiam a definição do proibido à normativa administrativa. Com a conseqüente diminuição da antijuridicidade, que passaria a ser puramente formal. O Direito Penal de proteção de bens jurídicos teria se transformado em um Direito de gestão de riscos.

Para Silva-Sánchez (2002, p. 114): “o Direito Penal, que reagia a *posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), converte-se em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”.

Com a atual característica expansionista do Direito Penal, este deixa de possuir um caráter eminentemente repressivo para se transformar numa atuação preponderantemente preventiva.

Tratando o Direito Penal de forma emblemática significa que ele, segundo Hassemer (2008, p. 255) “não quer mais ser uma resposta adequada a um injusto pretérito e sim um instrumento para controlar o futuro. As estruturas de pensamento e atuação do Direito Penal abandonam um padrão normativo para assumirem qualidades empíricas”.

No entanto, da forma em que se encontra, o Direito Penal passa a sofrer o que Hassemer (2008, p. 255) denomina como “déficit de implementação”, que “significa não apenas que as leis, lamentavelmente, não funcionam como deveriam funcionar, mas também, que as leis e o seu emprego levam a conseqüências desiguais e injustas”.

O “déficit de implementação” poderá ter como conseqüência o Direito Penal eminentemente simbólico, o qual na concepção de Hassemer (2002, p. 256) “é paliativo a curto prazo, mas, a longo prazo, devastador”.

Para evitar a conseqüente função simbólica do Direito Penal este deveria ser limitado, devendo ser aplicado como *ultima ratio*, o que implicaria sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, buscando a menor intervenção estatal possível, a maior eficácia esperada e o máximo de liberdade almejada.

Hassemer (2008, p. 262) recomenda a retirada da esfera do Direito Penal dos problemas que lhe foram trazidos nos últimos tempos, como “o Direito das contravenções, o Direito civil, o Direito administrativo (...) são campos onde muitos dos problemas de que o Direito Penal moderno se apropriou seriam mais bem gerenciados”.

Na concepção de Silva (2001, p. 111) a intervenção penal somente deveria ocorrer a partir da constatação de que o Direito extrapenal efetivamente fosse inadequado:

Assim, a atuação do Direito Penal é meio eficaz para combater os grandes males que emergem com a precipitação dos fatos sociais, mas não como *prima ratio*; ao contrário, é o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio* que deve orientar e limitar o poder incriminador do Estado, preconizado que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Basoco (In BASOCO; SÁNCHEZ, 2004, p. 237) considera que a proposta seria reservar o clássico acervo de critérios de imputação penal para os delitos contra a vida, a liberdade, a dignidade, o patrimônio, etc., ou seja, para os delitos tradicionais.

Reforçando a idéia de uma intervenção penal subsidiária, Silva (2003, p. 117) afirma que a utilização do Direito Penal deve ocorrer “nos estritos limites de necessidade, quando outros meios de controle social não forem aptos a proteger os bens jurídicos valorados como essenciais”.

A partir dessa concepção, Hassemer (2008, p. 262) sugere que os problemas das sociedades modernas sejam disciplinados por um específico “Direito de Intervenção”, “situado entre o Direito Penal e o Direito das contravenções, entre o Direito civil e o Direito administrativo”, o qual possuiria sanções menos gravosas em relação ao indivíduo e, em conseqüência, haveria uma flexibilização das garantias e formalidades processuais.

A proposta apresentada por Hassemer objetiva apresentar uma espécie de resposta, a fim de confrontar as ameaças que estão presentes, inquestionavelmente no cotidiano.

O referido confronto às ameaças acontece atualmente, segundo Hassemer (2008, p. 308), da seguinte maneira:

nós praticamos prevenção com o emprego do Direito Penal, isto é, com restrição da liberdade e, assim fazendo, fracassamos duplamente: além de não alcançarmos o objetivo, renunciamos aos poucos a princípios sem os quais uma vida digna em sociedade não é possível.

Conforme Hassemer (2008, p. 299) “o Direito Penal não está equipado para alcançar esse tipo de prevenção, e isso, por sua vez, não é por acaso ou por descuido, pelo contrário: organizar o Direito Penal para esse tipo de prevenção significa destruí-lo”.

Em relação ao direito de intervenção este seria, segundo Bottini (2007, p. 101):

uma válvula de escape que abrigaria a criminalidade econômica, os crimes de colarinho-branco, os ilícitos ambientais, afastando a pecha de delinqüentes aos praticantes de tais atos e qualquer ameaça de restrição de liberdades.

O “Direito interventivo” ou “Direito de intervenção” representaria o interesse preventivo do Estado, no sentido de prevenir os riscos e ameaças presentes na sociedade contemporânea.

A denominação sugerida por Hassemer (2008, p. 314) substituiria o Direito Penal em determinadas áreas, representando um meio termo, ou seja: “não é um Direito Penal brando e não é simplesmente injustiça. Não se trata de um incremento quantitativo numa atuação convencional, mas de uma resposta nova e qualitativamente diferente a uma nova problemática”.

Ele substituiria o Direito Penal nas áreas em que este só poderia ser empregado ao preço de renunciar a suas condições vitais: prevenção de danos em tempo hábil em vez de reação tardia à lesão de bens jurídicos; domínio amplo sobre situações de risco em vez da punição pontual de algumas pessoas; imposição de decisões e ações a grupos, coletividades e estruturas em vez da imputação individual por atos ilícitos; acesso irrestrito a procedimentos de gênese do perigo com possibilidade de atuar sobre eles em vez do emprego da violência como reação a danos consumados;

possibilidade de influenciar atos preparatórios e de execução de condutas lesivas em vez de punição de alguns indivíduos após o feito.

Com a substituição do Direito punitivo pelo Direito de Intervenção, haveria segundo Hassemer (2008, p.308) “uma mudança de enfoque relativamente à prevenção, que passaria de normativa a técnica ou organizacional”. Com o objetivo de “não apenas responder mais apropriadamente aos nossos problemas, mas também deixar em paz os direitos fundamentais do cidadão”.

A concepção de uma prevenção técnica ou organizacional significaria de acordo com Hassemer (2008, p. 309):

enfrentar as ameaças de nosso tempo não com lesões aos direitos fundamentais, mas com medidas efetivas de proteção e segurança, desenvolvendo instrumentos legais ou favorecendo a aplicação dos já existentes, os quais não apenas simulem seu caráter preventivo, mas realmente tenham efeito preventivo.

Porém a prevenção organizacional sugerida não pode substituir a repressão penal, nem imediatamente nem totalmente, somente pode aliviar consideravelmente a sua necessidade.

A denominada prevenção organizacional seria a resposta certa à criminalidade organizada e, segundo Hassemer (2008, p. 313) “acarretaria a ampliação dos direitos do cidadão, diferentemente da prevenção normativa, que sempre vem acompanhada de ameaças e corrosões desses direitos”.

Portanto, a prevenção organizacional ou técnica seria uma forma de diminuir a carga atribuída à Política criminal e, segundo Hassemer (2008, p. 309) “dar ao Direito Penal uma nova chance de se concentrar naquilo em que deve se concentrar: a dar uma resposta uniforme e adequada às lesões a bens jurídicos, dispensando o tratamento mais cuidadoso possível a todos os envolvidos.”

Fundamentando a necessidade de excluir a aplicação do Direito Penal e buscar soluções preventivas em outro ramo do direito, qual seja, o Direito administrativo, Hassemer (2008, p. 311) afirma que “o Direito Penal não apenas é incapaz: ele pode mesmo representar um obstáculo, na medida em que bloqueia a imaginação do legislador, que a si próprio e aos outros tranqüiliza, achando que o Direito Penal será suficiente para dar conta dos problemas.”

Como exemplo de substituição da prevenção normativa pela prevenção organizacional ou técnica, Hassemer (2008, p. 311) menciona a possibilidade de

combate ao comércio organizado de veículos roubados da seguinte maneira “com o emprego de uma grande operação de escuta dirigida a quadrilhas internacionais de receptadores, mas também é possível compelir a indústria automobilística a embutir travas e bloqueadores de motor no veículo”.

Santos (In PODVAL, 2000, p. 211) ressalta a importância da prevenção principalmente nos crimes de colarinho branco⁷:

Em qualquer sector da vida social é melhor prevenir um mal do que vir depois sancionar a sua verificação. Todavia, no âmbito do *crime de colarinho branco*⁸, a importância da prevenção é, segundo cremos, *acrescida*: em primeiro lugar, porque o dano pode ser de tal modo grave e vitimar um tão elevado número de pessoas que a necessidade de o evitar é especialmente imperiosa; em segundo lugar, porque a repressão é confrontada com tantos problemas, sobretudo de índole “prática”, que a sua eficácia é freqüentemente escassa; finalmente, porque, sendo o agente de colarinho branco alguém actuará, regra geral, no quadro de escolhas racionais, tornar-se-á mais fácil a prevenção situacional.

Assevera Hassemer (2008, p. 311) que realmente a prevenção organizacional não será capaz de acabar com todos os abusos, porém este é um objetivo que também não é atingido por meio da prevenção normativa.

Se alguém objetar que essa prevenção organizacional é incapaz de impedir todos os abusos, certamente serei obrigado a dar-lhe razão. Mas eu também lhe perguntaria quantos abusos nossa prevenção normativa tem conseguido evitar. Se o que se deseja é a efetiva proteção dos bens jurídicos, a prevenção organizacional certamente terá mais êxito.

A prevenção, portanto é o paradigma reinante de nossa época e também de nossa política criminal e na concepção de Hassemer (2008, p. 297-298):

prevenção é o que a atual política criminal exige do Direito Penal, e o Direito Penal moderno quer ser preventivo. Em todos os campos em que a moderna Política criminal é ativa, desde o ambiente até a criminalidade organizada e a corrupção, passando pelas drogas, trata-se do combate, da repressão e da solução de graves problemas sociais. Eficiência, não justiça; rapidez, não ponderação; extermínio, não equilíbrio: essa é a bandeira.

⁷ A lavagem de dinheiro pode ser considerada espécie de “crime de colarinho branco”. MORO In BALTAZAR JR.; MORO, 2007, p. 106.

⁸ Cláudia Cruz Santos se reporta à definição de Sutherland, o qual segundo a autora considera o crime de colarinho branco “um acto ilegal ou uma série de actos ilegais, praticados através de meios não físicos e com dissimulação ou engano, para obter dinheiros ou bens, para evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou bens, ou para obter vantagens negociais ou pessoais” (SANTOS In PODVAL, 2000, p. 195)

Nesse sentido, Albrecht⁹ (In CASABONA, 2000, p. 487) afirma que se não quiser “quebrar” o Direito Penal do Estado de direito, deve permanecer apenas recuado à margem da função preventiva geral que lhe está sendo atribuída. Justifica que isto não significa a renúncia ao controle legal, mas um retorno às formas e aos meios de controle jurídico, adequados e razoáveis de que dispõem o Direito civil, o Direito administrativo e o Direito à segurança social. Assevera ainda que acima de tudo, a falta de política estrutural não pode ser compensada por meio do Direito Penal.

Cipriani (In D’AVILA; SOUZA, 2006, p. 463) coloca que o “Direito Penal não pode renunciar a determinados princípios que estão atravessados pela modernidade e que são rejeitados a título de modernização”.

Dias (2001, p. 164-165), referindo-se à doutrina seguida por Hassemer, assevera que:

os seguidores da chamada “Escola de Frankfurt” afirmam que o que não pode, nem deve, pedir-se ao Direito Penal é que se arvore em instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada se ganhar em uma mais efectiva protecção pessoal e social e de muito (ou tudo...) se perder na prossecução de uma defesa efectiva e consistente dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o património ideológico inalienável do Iluminismo Penal. Para aquela protecção deve intervir, não o Direito Penal – sendo por isso de recusar *in limine* a pretensão de construir um “Direito Penal do risco”-, mas outros ramos de direito, nomeadamente o direito administrativo, e (porventura sobretudo) outros meios de controlo social não jurídicos.

Silva-Sánchez (2002, p. 140) afirma que para a aplicação do “Direito de Intervenção”, defendido por Hassemer, haveria necessidade de uma maior discussão, a fim de precisar exatamente qual seria seu conteúdo e qual sua real configuração, pois segundo Silva-Sánchez ela seria ainda “muito imprecisa”.

⁹ “Si no se quiere quebrar el Derecho penal del Estado de Derecho, éste debe únicamente mantenerse replegado al margen de la función de control preventivo general que se le está atribuyendo - y no sólo por parte de la política diaria -. Ello no significa la renuncia al control jurídico, sino la vuelta hacia las formas y los medios de control jurídico adecuados y razonables de que disponen el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho de la Seguridad Social. Sobre todo: el desacierto de la política estructural nunca puede ser compensado a través del Derecho penal. La actual política criminal de casi todos los partidos políticos parece estar regida por una máxima: quien no tiene como premisa ningún principio de Estado de Derecho, tampoco tiene nada que perder. De esta deprimente perspectiva nada bueno cabe esperar para el futuro de la política criminal y el Derecho penal.”

Bottini (2007, p. 100) critica o direito de intervenção defendido por Hassemer considerando a necessidade ainda de amadurecimento da idéia, pois caso contrário se estaria diante de uma imprecisão de contornos o que “poderia ensejar a prática de arbitrariedades, em nome da contenção eficaz de riscos”.

Na opinião de Silva-Sánchez (2002, p. 141), ao contrário da proposta de um Direito de Intervenção, seria admitir a flexibilização dos princípios de garantia *dentro* do próprio Direito Penal e não atribuir ao Direito Administrativo esta função, porém admitindo a relativização das garantias quando não houvesse a previsão de pena privativa de liberdade.

Fundamentando este posicionamento, ou seja, de um direito penal administrativo, Silva-Sánchez (2002, p. 145) assevera que:

seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.

Outro aspecto, abordado por Silva-Sánchez (2002, p. 142) como comparativo ao Direito Administrativo, refere-se à maior neutralidade afeta ao ramo do Direito Penal, no que diz respeito à política, assim como à imparcialidade própria do jurisdicional. “Isso torna mais difícil para o infrator a utilização das técnicas de neutralização do juízo de desvalor (reprovações de parcialidade, politização) de que aquele se serve com freqüência diante da atividade sancionadora das administrações públicas”.

Porém, a partir da concepção de Silva-Sánchez (2002, p. 142), em se tratando dos delitos socioeconômicos, para os quais há previsão de pena privativa de liberdade de considerável duração, somente haveria duas opções:

a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do Direito Penal, com as máximas garantias (no relativo a legalidade, a proporcionalidade, a lesividade, a prova etc.) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão etc.); e a segunda, que se mantenha a linha de relativização de princípios de garantia que hoje já acompanha tais delitos, em cujo caso se deveria renunciar a cominação das penas de prisão que agora existem.

Dessa forma, a proposta de Silva-Sánchez seria manter no âmbito do Direito Penal tanto as condutas que afetam bens jurídicos tradicionais (ataques à vida, à saúde, à propriedade), como aquelas ações que afetam bens jurídicos coletivos, ou que apenas apontam para uma periculosidade em relação aos interesses protegidos pela norma penal.

Englobando todas as condutas dentro do espaço de vigência das normas penais, excluindo, portanto, a possibilidade de aplicação do Direito Administrativo, Silva-Sánchez (2002, p. 138) estabelece, inicialmente, dois níveis de velocidade para o Direito Penal, ou seja:

uma primeira velocidade representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.

Basoco (In BASOCO; SÁNCHEZ, 2004, p. 237), questionando o posicionamento de Silva-Sánchez, afirma que não resulta, entretanto, totalmente coerente uma proposta que, nascida da preocupação pela degradação das garantias, conclui reivindicando um modelo garantista de “menor nível”.

Salienta, ainda, Basoco (In BASOCO; SÁNCHEZ, 2004, p. 237) que se seguir a proposta do Direito Penal de duas velocidades, ou seja, a possibilidade de flexibilização de garantias corre-se o seguinte risco: de que se aceitar essa “segunda velocidade” com a conseguinte banalização das garantias, muito é de temer que em breve ir-se-á propor uma “terceira velocidade”, na qual “co-existiriam a imposição de penas privativas de liberdade e a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação”.

O risco temido por Basoco, qual seja a co-existência de pena privativa de liberdade e flexibilização de garantias, se faz presente na legislação brasileira e, inclusive é reconhecido e, em determinados aspectos defendido por Silva-Sánchez como se pode observar.

Silva-Sánchez (2002, p. 148) afirma que: “um Direito Penal de “terceira velocidade”¹⁰ existe já em ampla medida, no Direito Penal socioeconômico, porém,

¹⁰ Segundo Silva-Sanchez, o Direito Penal de terceira velocidade é representado concomitantemente pelo Direito Penal da pena de prisão e pela ampla relativização de garantias político-criminais, regras

seu âmbito deve ser reconduzido ou à primeira, ou à segunda velocidade mencionadas.

Silva-Sánchez (2002, p. 148), além de admitir reconhece como possível a aplicação do Direito Penal de terceira velocidade nos seguintes casos: “delinqüência patrimonial profissional, delinqüência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado (...)”

Dessa forma, diante da total desestabilização do Direito quando da prática das referidas condutas criminosas Silva-Sánchez (2002, p. 150) afirma que nessas condições é absolutamente possível:

discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais. Ressaltando que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.

Assevera ainda Silva-Sánchez (2008, p. 151) que “os Estados vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica do Direito Penal do inimigo, o qual assevera o autor apresenta uma tendência no sentido de ilegitimamente, estabilizar-se e crescer.”

Hassemer (2008, p. 264) questiona se não seria recomendável, impulsionar o Estado a agir energeticamente e dotá-lo de todos os meios de combate que ofereçam alguma chance minimamente de sucesso. O objetivo seria oferecer instrumentos de combate à criminalidade organizada, considerando que o Estado, com os meios que possui, não consegue combater nem mesmo a criminalidade de massa.

O complexo criminalidade e violência adquire hoje uma posição de particular destaque por duas razões: com a “criminalidade organizada”, hoje em dia incessante e enfaticamente relatada, entra em cena um fenômeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador: fala-se nele sem que se saiba ao

de imputação e critérios processuais. (SÁNCHEZ, 2002, p. 148). O Direito Penal de terceira velocidade equivaleria ao Direito Penal do inimigo defendido por Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 67), o qual se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

certo o que é e quem o produz; sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos. Em segundo lugar, na criminalidade de massa, o estado investigador mostra sua incapacidade para combater os ilícitos penais. Quando arrombamentos de apartamentos e assaltos nas ruas multiplicam-se epidemicamente, quando o furto de automóveis e bicicletas não mais é combatido, mas apenas "administrado" – como pode um tal estado ainda ter a pretensão de combater a "criminalidade organizada"? Não seria, pois, recomendável, impulsioná-lo a agir energicamente e dotá-lo de todos os meios de combate que ofereçam alguma chance minimamente razoável de sucesso?

No entanto, logo em seguida, Hassemer (2008, p. 266) reflete acerca desse questionamento e afirma que se efetivamente todos os meios de combate fossem concedidos, inclusive e preponderantemente aqueles que desconsideram a proteção à liberdade e aos direitos fundamentais estar-se-ia deixando para trás todas as tradições características do estado de Direito.

Uma Política criminal que, a longo prazo, possa livremente situar a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais em segundo plano, com o propósito de ceder às exigências de um efetivo combate ao crime, coloca em jogo todas as nossas tradições do estado de Direito, não importa quem e com que eficácia deva ou possa proclamá-la e defendê-la.

Sabe-se que, muitas vezes, mesmo que de forma disfarçada, o Direito Penal do inimigo está realmente presente na legislação brasileira e, infelizmente, existem grandes possibilidades do seu crescimento, este argumento é reconhecido.

Contudo, não se pode admitir a flexibilização de garantias em nenhuma hipótese, nem mesmo, em se tratando da criminalidade organizada.

Agindo, dessa forma, estaria o Estado demonstrando sua total ineficiência, pois eficiente é aquele que age dentro das possibilidades que lhe são estabelecidas e consegue, ainda assim, atingir seu objetivo. A partir do momento que o Estado rompe os limites dos direitos e garantias fundamentais, está evidentemente demonstrando a sua ineficiência e arbitrariedade.

4 ADMINISTRATIVIZAÇÃO: MODELO IDEAL

Conforme já assinalado, a expansão do Direito Penal, por meio das causas apontadas, gerou uma conseqüente inflação legislativa, além do aumento significativo do rigor punitivo em relação a determinadas condutas consideradas como desviantes:

Silva-Sánchez (2002, p. 137) afirma que:

no momento atual, o Direito Penal vigente na maioria dos países de nosso entorno propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de fatos “administrativizados”, com regras de imputação de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados. E a tendência é prosseguir nessa linha, em termos corrigidos e aumentados.

A alteração no sistema normativo penal ocorreu como forma de resposta do Estado frente ao desenfreado crescimento da criminalidade, especificamente à criminalidade dos poderosos.

Todavia, diante da grande quantidade de situações que foram sendo abarcadas pelo Direito Penal, em função da sua própria expansão, este acabou se administrativizando, ou seja, sancionando condutas que poderiam ser remetidas a outra área.

Como se observou no capítulo anterior, Silva-Sanchez defende o “Direito Penal de duas velocidades”, o que significaria admitir que o próprio Direito Penal permanecesse tipificando condutas menos gravosas, porém flexibilizando princípios e garantias fundamentais e concomitantemente deixando de atribuir a essas condutas, pena privativa de liberdade.

Somente seria possível explicar e até mesmo legitimar a diminuição de garantias e de rigor dogmático no Direito Penal contemporâneo, segundo Silva-Sánchez (2002, p. 139) “se isso fosse o elemento correspondente a generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos, ou – mais ainda – da reparação penal (nos casos em que esta fosse concebível).

Acerca do assunto assevera ainda Silva-Sánchez (2002, p.145-146):

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da

configuração dualista. (...) A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão.

A partir dessa concepção, a proposta seria de uma espécie de Direito Penal administrativo, sendo que os níveis de “velocidades” poderiam variar de acordo com a gravidade do delito ou com a característica da pena privativa de liberdade.

Seguindo a manifestação de Basoco (In BASOCO; SÁNCHEZ, 2004, p. 237), todavia, ao se aceitar a idéia de “velocidades” no Direito Penal, corre-se o risco, de se exceder a velocidade permitida e, extrapolar todos os limites estabelecidos em função da busca incessante do combate à criminalidade.

Hassemer (2008, p. 274-275) salienta que:

lamentavelmente, nós já nos habituamos a uma mecânica enganosa de ponderação de valores: quando uma ameaça nos parece particularmente intensa, nada mais é sagrado para nós, nem mesmo os direitos fundamentais ou tradições outrora intocáveis. No entanto, uma cultura jurídica não se constrói mediante tais mecanismos de ponderação que, nas situações concretas, não deixam nenhuma chance de sobrevivência aos princípios jurídicos fundamentais, e sim na estabilidade daqueles princípios que nós reputamos indiscutíveis e indisponíveis, como patrimônio da civilização, também em momentos de crise.

Dessa forma, o que realmente se deve analisar é se a estrutura do Direito Penal deve ser ajustada, a fim de enfrentar os novos desafios ou outros instrumentos devem ser utilizados para o enfrentamento da criminalidade transnacional, especificamente, a “lavagem” de capitais.

Franco (In PODVAL, 2000, p. 266) assevera que:

o apelo à intervenção do mecanismo penal para o enfrentamento dos grandes desafios dos tempos modernos, surge, de pronto, com um posicionamento alternativo: ou o Direito Penal deve ajustar seus instrumentos ou garantias ao moderno desenvolvimento tecnológico ou se devem buscar outros instrumentos jurídicos que possam responder melhor a esse desenvolvimento do que o Direito Penal. Esta discussão afeta as bases da Dogmática jurídico-penal e é afetada pelas necessidades político-criminais que a desencadearam.

Enfrentar novos desafios, realmente exige um aparato condizente, entretanto dentro dos limites legais, pois conforme Souza Netto (1999, p. 189), “não se pode

cair no erro de, a pretexto de combater a criminalidade organizada, desleixar a defesa dos direitos fundamentais do acusado.”

Apesar do atual debate público sobre Política criminal veicular, segundo Hassemer (2008, p. 271-272):

a impressão de que a solução do problema consiste em conferir às autoridades da segurança pública, de uma vez por todas, todos os meios e instrumentos necessários que sempre reivindicaram, a fim de que possam triunfar sobre a “criminalidade organizada”. Nada mais falso e enganoso.

A respeito do aparato utilizado pelo Estado no enfrentamento da criminalidade, Hassemer (2008, p. 274) afirma ainda que: “o estado não pode se apresentar usando os mesmos métodos daqueles que ele, com boa razão, persegue precisamente devido ao uso desses métodos”.

Hassemer afirma que não há possibilidade de reestruturar o Direito Penal a fim de atribuir-lhe um caráter preventivo, sob pena de destruir seus próprios fundamentos, pela admissão da possibilidade de flexibilização de princípios e garantias fundamentais.

Desta forma, Hassemer (2008, p. 298) apresenta duas falhas interdependentes na orientação preventiva do moderno Direito Penal, quais sejam:

esse Direito Penal não atinge verdadeiramente seus objetivos, mas consegue destruir os fundamentos necessários a qualquer sistema penal respeitável. (...) Ele (Direito Penal) não atinge seus objetivos. “Déficit de resultados” é como se pode denominar a doença do moderno Direito Penal. Quanto a esse diagnóstico, há unanimidade; discute-se apenas se a terapia aplicada até então é muito fraca ou inadequada: se é o caso de apertar um pouco mais os parafusos e aumentar o rigor do Direito Penal, ou se deve pensar numa alternativa ao Direito Penal como solução dos problemas.

Consoante assevera Cipriani (In D´AVILA; SOUZA, 2006, p. 464) o Direito Penal deve ser utilizado somente quando o delito seja revestido de dignidade penal, caso contrário, deverá ser analisado por outros ramos do direito, sendo que os atos praticados contra a economia deveriam receber um tratamento diferenciado fora do âmbito do Direito Penal, sob pena, de este instrumento reforçar ainda mais o seu caráter simbólico.

O Direito Penal deve ser usado somente quando o delito cometido seja revestido de dignidade penal, que acontecerá com a identificação de um bem jurídico que deva ser penalmente protegido. Da mesma forma acredita-

se que a economia constitui-se num bem jurídico a ser protegido, contudo não pela seara penal, de modo que os atos contra a economia não tem dignidade penal, e, por este prisma, devem ser juridicamente analisados pelos demais ramos do direito, que podem eficaz e celeremente dar uma resposta a esta criminalidade. (...). E mais: sem o receio de que, se usado o Direito Penal e diante da sua impossibilidade de resolver estes conflitos, este caia em descrédito ou lhe seja alcançado o título da introspecção e simbolismo.

Bottini (2007, p. 91) afirma que há necessidade de avaliar a legitimidade do Direito Penal, exigindo para isto uma “reflexão sobre a necessidade e a eficácia de sua utilização para uma proteção efetiva de bens jurídicos e a avaliação da extensão desta proteção por meio dos limites e garantias inerentes à proteção da dignidade humana”.

Basoco (2001, p. 99) afirma que tanto na faceta promocional como na sancionadora, a intervenção estatal está fortemente administrativizada. O Estado não pode limitar-se à formulação dos grandes objetivos econômicos, nem a tutelá-los somente mediante a imposição de pena. Pelo contrário, deve intervir de uma maneira mais dinâmica e pormenorizada, que exige o uso continuado de normas regulamentares e, inclusive, a concretas atuações administrativas. (...) O direito administrativo oferece uma série de meios que podem resultar razoavelmente eficazes, pondo assim em questão, o recurso à pena.

Assevera ainda Basoco (2001, p. 100) que é procedente reivindicar uma correta articulação entre o Direito Penal e o direito administrativo, de modo que se possa atingir um nível aceitável de eficácia frente à delinquência econômica.

E ainda, acerca da efetividade da lei penal, Albrecht (In CASABONA, 2000, p. 478-479) considera que as leis penais não servem somente para os fins instrumentais da efetiva persecução penal, mas devem fortalecer os valores e as normas sociais. A discussão política, mediante a atenção a grupos de interesses, aterrissa no âmbito da legislação. Inclusive os “interesses abstratos do próprio Estado” se encontram nos caminhos da atividade legislativa. Poder e influência pugnam na luta pelo direito. As reformas da criminalização são apreciadas em todos os campos políticos como meio de reafirmação simbólica de valores.

Acerca da modernização, Hassemer (2008, p. 279) afirma que: “A longo prazo, os efeitos da sociedade de risco não serão controlados por meios políticos, muito menos político-criminais (...) não se pode “revogar” a modernização, apenas conviver com ela.”

Ainda a respeito da modernização, Silva-Sánchez (2002, p. 143-144) admite que:

Opor-se à “modernização”, ademais, em absoluto equivale a propugnar um “Direito Penal de classes”, no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinqüente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal. Concretamente, uma oposição à “modernização” integral do Direito Penal não tem por que ser merecedora da reprovação de atavismo que dirige Schünemann àqueles que situam os delitos contra o patrimônio no núcleo principal do Direito Penal, ao mesmo tempo em que pretendem restringir os fatos lesivos do meio ambiente, “em um momento de constante sobreexploração dos recursos naturais”, ao âmbito das infrações administrativas. (...) Não se trata de distinguir, segundo sujeitos, senão segundo fatos e segundo conseqüências jurídicas.

Albrecht (in Casabona, 2000, p. 479) salienta que “os conceitos de reforma criados recentemente para descongestionar o sistema de justiça penal, por um lado, parece um programa destinado a delapidar os princípios fundamentais do Estado de Direito”.

Diante do exposto, comunga-se da premissa defendida por Hassemer (2008, p. 281), qual seja: “a redução do âmbito do Direito Penal a setores que realmente pode combater, isto é, descriminalizar os setores onde ele enganosamente tranqüiliza, mas em verdade atua contra-produtivamente.”

Para que haja redução do âmbito de atuação do Direito Penal haverá necessidade em primeiro lugar, conforme assevera Santos (In PODVAL, 2000, p. 217) que o legislador faça “uma ponderação relativa de todo o universo das infrações possíveis para ajuizar da dignidade penal da conduta, da necessidade de criminalização e da sua provável eficácia”.

Em segundo lugar, após a análise e definição das infrações que realmente seriam objeto de intervenção penal, especialmente aquelas afetas ao âmbito dos crimes econômicos, seria necessária, segundo Santos (In PODVAL, 2000, p. 217):

uma tarefa de produção legislativa orientada pelo intuito de permitir a efectiva aplicação dessas normas. Ou seja: o legislador, consciente das dificuldades de “aprisionamento” pelas normas penais de realidades freqüentemente complexas e mutáveis, teria de valorar quais entraves na conformação dos tipos legais, para permitir a eficácia da intervenção penal sem desguarnecer a essência dos princípios garantísticos que devem, também, orientar a sua tarefa. (grifo nosso)

Em terceiro lugar, a partir dessa concepção passar-se-ia para o julgamento e a aplicação da respectiva sanção aos autores dos denominados crimes dos poderosos.

Mesmo em se tratando da área administrativa, o procedimento deve ser dotado pelo respeito aos princípios e garantias fundamentais, para que, recebendo uma sanção diversa da privativa de liberdade, o “investigado” possa defender-se, com o respaldo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, para que ao final possa receber uma sanção proporcional à conduta por ele praticada.

Dessa forma, os direitos fundamentais sempre devem ser respeitados, pois eles são os limitadores do poder estatal, conforme Souza Netto (1999, p. 188): “O poder estatal encontra-se vinculado e controlado pela ordem jurídica. A atividade legiferante penal e jurisdicional encontra-se, pois, atrelada aos direitos fundamentais assegurados na Constituição”.

Extrapolando os limites básicos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, em qualquer âmbito de atuação, consoante Souza Netto (1999, p. 190), poderia ele colocar em risco a própria democracia

Os direitos fundamentais são bens jurídicos constitucionalmente relevantes que constituem o fundamento básico em que assentam a organização e atuação do Estado de direito. Assim sendo, nunca o legislador poderá aniquilar, em matéria de restrição de direitos, o valor e a garantia que estão na base de cada um dos diversos preceitos pertinentes aos direitos fundamentais. Toda ingerência excessiva ou desnecessária nos direitos fundamentais indica uma decomposição do Estado de direito, podendo chegar a pôr em risco a própria democracia.

No caso dos delitos de “lavagem” de capitais, comunga-se do pensamento de que outras sanções, diversas da pena privativa de liberdade fossem aplicadas, pois conforme assevera Cipriani (In D´AVILA; SOUZA, 2006, p. 464): “Os ilícitos econômicos, a nosso sentir, não requerem a intervenção do Direito Penal porque sua matéria assim exige, e porque a pena de prisão não cumpriria nenhuma função, e o reforço normativo se daria nas normas extrapenais.”

Santos (In PODVAL, 2000, p. 219-220) afirma que:

o que defendemos não é que os criminosos de colarinho branco sejam sistematicamente condenados a penas e prisão efectivas. Seria, de facto, uma enorme contradição apontar as desvantagens da pena privativa de liberdade em relação ao grosso da criminalidade – mencionando o seu carácter dessocializador, estigmatizante e criminógeno – e vir depois clamar pela sua aplicação em maior número de casos aos *white-collars*. (...).

Sempre qualquer carência de uma intervenção socializadora – e sempre que não contrariar a reafirmação das expectativas comunitárias na validade da norma violada, deve ser dada preferência às sanções de substituição.

Entende-se que as sanções apropriadas aos delitos econômicos e aqui especificamente aos delitos de “lavagem” de capitais seriam, conforme Costa e Andrade (In PODVAL, 2000, p. 116) asseveram:

o confisco de bens e valores, o encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento, cassação temporária ou definitiva de licenças ou concessões, exclusão de concursos públicos, publicidade de sentenças, interdições profissionais, indenização das vítimas, etc.

Os objetivos preconizados pela Lei de execução penal pátria, principalmente acerca do efeito ressocializador da pena privativa de liberdade, não alcançam, em nenhuma hipótese a macrocriminalidade.

Consoante ressaltam Costa e Andrade (In PODVAL, 2000, p. 115-116):

Desde logo, o ideal da ressocialização que, apesar de todas as hesitações continua a ganhar terreno em relação à criminalidade comum, não terá aqui grande alcance. O crime econômico tende a identificar com o *white-collar crime*. Não terá, por isso, grande sentido tentar ressocializar delinqüentes que se vêm em si próprios e são vistos pelos outros como símbolos do próprio sistema e que muitas vezes racionalizam as suas infracções apelando para a lealdade aos valores últimos do sistema, contra a interpretação apócrifa feita pelo legislador que incrimina e pune.

Costa e Andrade (In PODVAL, 2000, p. 479) apresentam como uma das conclusões do colóquio organizado pela secção da República Federal da Alemanha da AIDP, sob a presidência de K. Tiedemann, realizado em Freiburg, em setembro de 1982, oportunidade em que já se discutia a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aos delitos econômicos em substituição à pena privativa de liberdade:

em geral, o Direito Penal desempenha um papel subsidiário na luta contra a criminalidade econômica; em certos domínios a aplicação do Direito Penal é menos inibitória da actividade econômica do que a regulamentação administrativa e civil; em certos casos, as sanções administrativas serão uma adequada alternativa ao sistema criminal como via de prevenção e repressão da criminalidade econômica; *o processo de aplicação das sanções administrativas deve prever as garantias suficientes de defesa*. As autoridades administrativas não devem ter competência para aplicar penas de prisão no domínio do Direito Penal económico. (grifo nosso)

Albrecht (In CASABONA, 2000, p. 479) afirma que: O *uso político* do Direito Penal se apresenta como um instrumento de comunicação. O Direito Penal permite trasladar os problemas e conflitos sociais a um tipo de análise específico. Esse emprego político do Direito Penal não requer necessariamente a sanção ou a separação simbólica como meio instrumental de disciplina; nem sequer a ampliação ou endurecimento efetivo da lei estão unidos forçosamente à utilização do Direito Penal como meio de comunicação política. A lógica da utilização política se apóia na função analítica e categorial característica do discurso penal, posto que o cumprimento dessa função não requer mais que a demonstração exemplar da atividade da práxis legislativa e da justiça penal.

Assim, conclui-se admitindo o posicionamento afirmado por Dias (2001, p. 166):

O único caminho apontado neste campo que parece ter alguma coisa por si é, assim, o da preconizada transferência da função de tutela jurídico-penal para o âmbito do direito administrativo, nele incluído o direito administrativo sancionatório, porventura sob uma forma reforçada como a que é hoje preconizada – embora se não veja ainda com um mínimo de clareza a definição de seu âmbito, da sua extensão e dos seus instrumentos, em nome de um “direito de intervenção”.

No entanto, nem o Direito Penal, nem mesmo o direito administrativo, mesmo com a flexibilização ou relativização de princípios e garantias conseguirão efetivamente aniquilar a criminalidade.

Hassemer (2008, p. 283):

Sempre foi uma marcante característica do pensamento autoritário acalentar a população com a cantiga da “sociedade isenta do crime”. O reverso da medalha (que é o que conta na elaboração da política de segurança) consiste na obstinação em produzir essa purificação da sociedade mediante iterativos apertos nos parafusos do controle social (que não terão fim, já que a meta jamais será alcançada). Uma política de segurança pública pragmática, ao contrário, deve considerar o fato de que a criminalidade, mesmo a médio prazo, continuará existindo. Somente assim será possível articular equilibradamente eficácia técnica com proteção dos direitos fundamentais, de maneira que os direitos dos atingidos não se afigurem como custos evitáveis do bom trabalho policial.

Assim, pode-se concluir que para o Estado Democrático de Direito, o ideal modelo administrativo é aquele que possua uma estrutura adequada para identificar, por meio de uma ação fiscal ou policial preventiva e aplicar as respectivas sanções,

diversas da pena privativa de liberdade, de forma proporcional e respeitando os princípios e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna brasileira.

Caso contrário, ter-se-ia que finalizar este capítulo com a frase de Albrecht (In CASABONA, 2000, p. 487) que afirma: “quien no tiene como premisa ningún principio de Estado de Derecho, tampoco tiene nada que perder.”

5 REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

5.1 “LAVAGEM” DE CAPITAIS – ABRANGÊNCIA DA DENOMINAÇÃO

A terminologia “lavagem” é uma expressão utilizada na forma de uma metáfora para denominar, nesse sentido, a transformação que ocorre a partir de um bem ou valor ilícito, travestido de licitude, ou seja, trata-se do dinheiro que possui origem ilícita, o qual passa por um processo de “limpeza”.

O delito de “lavagem” também denominado reciclagem ou branqueamento possui várias outras terminologias em diferentes locais do mundo. Conforme afirma Prado (2007, p. 403):

em França utiliza-se a expressão *blanchiment d'argent*; em Portugal, *branqueamento de capitais*; na Itália, *riciclaggio del denaro*; nos Estados Unidos, *money laundering*; na Alemanha, *Geldwäsche*; na Espanha, *blanqueo de dinero ou de capitales*; na América hispânica, *lavado de dinero*; no Japão, *Shikin no sentaku*; na Rússia, *otmyvanige*. (grifo no original)

O processo de “lavagem”, de certa forma, abrange todas as operações destinadas a ocultar a origem ilícita dos benefícios, tendo como objetivo segundo Souza Netto (1999, p. 41) “eliminar quaisquer vestígios sobre sua origem criminosa, transformando esses valores em dinheiro “limpo”, dando-lhes uma aparência de legalidade”.

O disfarce quanto a origem do benefício é o objetivo do lavador com a finalidade que os responsáveis possa se eximir da ação repressiva do Estado e para que isto ocorra utilizam-se segundo Maia (1999, p. 53) de um “conjunto complexo de operações, integrado pela etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores”.

O significado de “dinheiro sujo” ou “dinero negro” para Bajo Fernandez e Bacigalupo (2001, p. 676-677) é “aquele que carece de posibilidad de ser controlado por las Haciendas pública y, por tanto, ser sometido al deber de contribución a los gastos públicos, impuesto por el sistema fiscal em um determinado país”.

Interessante se apresenta a metáfora utilizada por Bajo Fernandez e Bacigalupo (2001, p. 677), os quais se utilizam de um comparativo geográfico para que possam exemplificar o que vem a ser “dinero negro” e, por conseqüência, a “lavagem” desse dinheiro:

(...) diríamos que dinero negro equivale a las aguas subterráneas que no son conocidas ni pueden ser utilizadas por el hombre, mientras que, por el contrario, el dinero blanco sería equivalente a las aguas superficiales que pueden ser utilizadas por el hombre para provecho colectivo. La operación del blanqueo de dinero negro equivaldría a aquella operación por la que agua subterránea, desconocida y sin control, pasa a discurrir por la superficie para control y uso.

Pode-se ainda citar Robinson (1995, p. 43), o qual equipara a lavagem de dinheiro a uma pedra que atinge a água e começa a afundar até chegar ao fundo do mar. Assim, após atingir as profundezas do oceano é impossível obter qualquer espécie de vestígio, a fim de localizá-la.

A fase de imersão é o instante em que o branqueador é mais vulnerável. Se consegue introduzir o seu dinheiro sujo num circuito de branqueamento, consegue lavá-lo. Mas, assim que os seus fundos estejam convertidos em número num ecrã de computador, e esses números sejam transmitidos para a frente e para trás através do globo, é como se a ondulação há muito tivesse desaparecido e a pedra estivesse agora mergulhada no lodo.

Um “truque de magia” esta foi a forma encontrada por Robinson (1995, p. 13) para definir a criação de riqueza a partir da “lavagem” de dinheiro levando em consideração que “a fonte de fundos ilegalmente obtidos é disfarçada, por meio de uma sucessão de transferências e negócios, de modo que esses mesmos fundos possam eventualmente reaparecer como rendimentos legítimos”.

O disfarce, o truque e a transformação presentes na “lavagem” de capitais não teriam resultado significativo se, a sua origem não estivesse diretamente ligada à inteligência humana, solo fértil e totalmente propício para o crescimento significativo da criminalidade.

Para caracterizar o processo de “lavagem” de dinheiro se consideram três etapas, as quais segundo Sánchez Brot (2002, p. 25 e 25) são denominadas como “*colocación de los fondos*”, “*decantación de los fondos*” e “*integración de los fondos*”, acerca das quais far-se-á breve comentário.

A primeira etapa denominada “*colocación de los fondos*” é considerada como a maior dificuldade dos lavadores, pois é neste momento que os responsáveis pela “lavagem” devem aprofundar o conhecimento acerca das propostas de prevenção existentes, para que efetivamente seja possível o ingresso dos fundos na economia legal, através dos circuitos financeiros institucionalizados.

A segunda etapa denominada como “*decantación de los fondos*”, o principal objetivo é o desaparecimento do rastro da origem ilícita que possui o dinheiro depositado, a partir de uma série de operações financeiras de ida e volta, pois o dinheiro passa de uma conta para outra e de uma sociedade para outra em distintas entidades financeiras e em distintos países.

E, por fim uma terceira etapa está presente neste processo denominada como “*integración de los fondos*”, neste momento há uma simbiose do dinheiro lavado com aquele proveniente de atividades lícitas. Nesta altura já se deve haver perdido o rastro da procedência do dinheiro ilegal através das sucessivas transformações efetuadas na etapa anterior. O dinheiro é utilizado em empresas legais ou “fantasmas” em diversos países podendo aparecer invertido em negócios imobiliários, shoppings, hotelaria, obras públicas dentre outras destinações.

Ainda acerca da denominação “lavagem” de dinheiro D’Albora (2006, p. 14) afirma que se trata do processo “em virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal com apariencia de Haber sido otenidos em forma lícita”.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Brasil - COAF, afirma que “lavagem” de dinheiro “constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados aos ilícitos”¹¹.

Os macrocriminosos precisam desviar a atenção dos órgãos fiscalizadores, em relação ao crescente e repentino aumento de seu patrimônio; assim, investem em empreendimentos legais e muitas vezes ilegais. Essa ação objetiva colocá-los cada vez mais distante do alcance da lei e, por conseqüência, do alcance de qualquer tipo de sanção que lhes possa ser imposta.

¹¹ BRASIL. **Lavagem de dinheiro**. Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Para se compreender os métodos utilizados para a transformação de bens, direitos ou valores ilícitos, na forma de capitais travestidos de licitude cita-se Robinson (1995, p. 24) para o qual existem três fases distintas para o processo de “lavagem” de dinheiro:

a primeira é a imersão, que significa consolidação e colocação. Um negociante de droga, que acumule 5 milhões de libras em moeda corrente, vê-se confrontado com a tarefa hercúlea de fazer entrar talvez um milhão de pedaços de papel no sistema bancário. Ao contrário do falsificador, que necessita por em circulação as suas notas falsas, o branqueador é forçado a confiar em contas bancárias, vales postais, cheques de viagem e outros instrumentos negociáveis, para canalizar o dinheiro para o interior do sistema bancário. Prosseguindo com a metáfora, o segundo passo, conhecido por estabelecimento de camadas, pode igualmente ser chamado ensaboamento. É nesta altura que o branqueador dissocia os seus ganhos da respectiva fonte ilícita. Movimentando os seus fundos entre tantas contas quantas lhe é possível, entrando e saindo de firmas-fantoches que montou pelo mundo afora com esse objectivo, e confiando no segredo bancário e no privilégio do advogado-cliente de ocultação da sua própria identidade, cria deliberadamente uma rede complexa de transacções financeiras, tendo em mente, em cada passo, que a sua principal tarefa consiste aqui em obliterar qualquer espécie de pista auditorial. A fase derradeira é a reviravolta, por vezes descrita como repatriação e integração. É nesta altura que os fundos são postos novamente em circulação, agora na forma de receitas limpas e, freqüentemente, colectáveis.

Quatro fatores comuns são considerados comuns em todos os processos de “lavagem” de dinheiro segundo Robinson (1995, p. 23-24), sendo eles: a verdadeira propriedade e genuína fonte do dinheiro devem ser escondidas; a forma deve ser alterada; o rastro deixado pelo processo deve ser disfarçado e o dinheiro deve ser controlado constantemente.

Para Maia (1999, p. 37-40), o processo de “lavagem” também possui três etapas as quais denomina da seguinte forma: “*placement* ou *conversão*; *layering* ou *dissimulação* e *integration* ou *integração*”.

a primeira etapa é a do “*placement*” ou conversão: tendo como momentos anteriores a captação de ativos oriundos da prática de crimes e sua eventual concentração, nesta fase busca-se a escamoteação (ocultação) inicial da origem ilícita, com a separação física entre os criminosos e os produtos de seus crimes. (...) O segundo momento do processo designa-se por “*layering*” ou dissimulação: os grandes volumes de dinheiro inseridos no mercado financeiro na etapa anterior, para disfarçar sua origem ilícita e para dificultar a reconstrução pelas agências estatais de controle e repressão da trilha do papel (*paper trail*), devem ser diluídos em incontáveis estratos, disseminados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias de diversas empresas nacionais e internacionais, com estruturas societárias diferenciadas e sujeitas a regimes jurídicos os mais variados. (...)

A etapa final é a chamada “*integration*”, ou *integração*, que se caracteriza pelo emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens.

Essa divisão do processo de “lavagem” em três etapas tem como base as recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira – GAFI o que leva a doutrina a sedimentar o posicionamento nesse sentido.

Dessa forma, a eficiência do processo realizado está diretamente relacionada ao maior distanciamento que possa existir entre a origem ilícita e a licitude da atividade realizada, buscando sempre afastar qualquer possibilidade de identificação daquilo que originou a movimentação ilícita.

Com o objetivo de reprimir os crimes de “lavagem”, bem como promover a cooperação internacional nas hipóteses mais latentes do cometimento do ilícito, ou seja, a partir do tráfico ilícito de entorpecentes, foi realizada, em 19 de dezembro de 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), a qual foi referendada pelo Estado brasileiro, em 26 de junho de 1991, pelo decreto n. 154.

O tráfico de drogas foi a base de discussão da Convenção de Viena, considerando que esse notadamente era e continua sendo a mola propulsora do processo de lavagem de dinheiro.

No entanto, o legislador brasileiro entendeu que, apesar do tráfico de drogas tratar-se de um elemento fundamental para a ocorrência da “lavagem” de capitais, outros crimes também serviam como base para a prática deste ilícito.

Assim, a partir da entrada em vigor da Lei 9613/98 a “lavagem” de capitais foi tipificada como a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade ilícita do lucro obtido pela prática de outros crimes, os quais são taxativamente relacionados na referida legislação.

A “lavagem” de dinheiro, segundo a legislação nacional vigente possui um caráter de subsidiariedade, pois somente será configurada como uma conduta típica se tiver como antecedente quaisquer dos seguintes crimes:

- a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- b) terrorismo e seu financiamento;

- c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
- d) extorsão mediante seqüestro;
- e) contra a Administração Pública, inclusive a exigência para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
- f) contra o sistema financeiro nacional;
- g) praticado por organização criminosa;
- h) praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

Dessta forma, a legislação brasileira, conforme Barros (2007, p. 51-52):

adota uma posição intermediária em relação ao direito estabelecido por outras nações. Logo após a realização da Convenção de Viena alguns países deliberaram em suas legislações internas sobre a tipificação penal da “lavagem” de dinheiro, configurando-a somente quando a ocultação dos bens, direitos ou valores tivesse como fato ilícito anterior o tráfico de entorpecentes. Pode-se dizer que esta foi a linha primária de legislação sobre a matéria. Todavia, nos países que adotaram tal sistemática verificou-se que a “lavagem” também estava sendo utilizada como fase conclusiva de outras modalidades criminosas. A partir disto, o rol de crimes anteriores passou a ser ampliado, sendo que em algumas legislações a sua abrangência confirmou-se de forma plena para alcançar desta ordem as legislações dos Estados Unidos da América, Bélgica, França, Itália e Suíça, as quais admitem a conexão da “lavagem” a qualquer atividade ilícita anterior.

Assim, atualmente, a legislação brasileira não adotou uma postura extremista, ou seja, não se limitou a prever o delito de “lavagem”, a partir da prática unicamente do tráfico de drogas, como estabelecia a Convenção de Viena, assim como não estabeleceu a referida conduta típica a partir da prática de qualquer ilícito penal.

Entretanto, a tendência legislativa brasileira é retirar o país do rol dos países intermediários, nesse entendimento e inseri-lo na relação daqueles que possuem o denominado direito de terceira geração no combate aos crimes de “lavagem” de capitais, pois com a aprovação de propostas, pelo plenário do Senado, em 09/05/2008 a partir dos PLS 209/2003, 48/2005, 193/2006 e 225/2006, o rol taxativo de crimes antecedentes poderá ser totalmente excluído, passando a ser considerado como conduta anterior, apta a caracterizar o delito de “lavagem”, a prática de qualquer infração penal.

Dessa forma, se o projeto for transformado em lei, infrações como a sonegação fiscal e a prática do jogo do bicho, o qual é considerado como uma mera contravenção penal, poderão juntamente com outros ilícitos penais, ser considerados como infrações anteriores, aptos a tipificar o delito de “lavagem” de capitais.

A respeito da exclusão do rol de crimes antecedentes, o que reflete uma tendência mundial acerca do assunto, Costa (In BALTAZAR JR.; MORO 2007, p. 50) afirma:

Ao propor a adoção do termo *infração penal*, progrediu-se em dois vértices: (1) embora não prescindindo do crime antecedente, qualquer ilícito penal poderá investir-se dessa qualidade, passando-se a adotar os critérios do denominado sistema total (legislação de terceira geração); (2) não apenas os crimes se qualificarão como antecedentes, mas, igualmente, as contravenções penais – assim como aqueles, espécies do gênero *infração penal* –, em especial a contida no art. 58 do Decreto-Lei 3.688/1941, o conhecido Jogo do bicho. E, além da evidente evolução legislativa, rematam-se os significativos problemas de interpretação atinentes ao atual rol de crimes antecedentes. (...) E até que a eventual alteração legislativa seja editada, permanecerá o operador jurídico irresoluto diante das inequívocas imperfeições de diploma cujo objetivo é tratar deste crime de especial potencial ofensivo: a *lavagem de dinheiro*.

A mencionada tendência legislativa busca fundamento na recomendação n. 1 elaborada pelo Grupo de Ação Financeira – GAFI que estabelece:

Os países deveriam vincular o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de forma a abranger o conjunto mais amplo de crimes antecedentes. Os crimes antecedentes podem ser definidos com referência a todos os crimes, a um limite ligado a uma categoria de crimes graves, à pena aplicada ao crime antecedente (critério do limite), por referência a uma lista de crimes antecedentes ou ainda a uma combinação destes critérios. Quando os países optarem pelo critério do limite, os crimes antecedentes deveriam incluir, pelo menos, todos os crimes qualificados como graves pelo seu direito nacional, ou incluir os crimes punidos com pena máxima superior a um ano de prisão. Nos países cujos sistemas jurídicos contemplem penas mínimas, os crimes antecedentes deveriam compreender todos os crimes punidos com pena mínima superior a seis meses de prisão.

O Grupo de Ação Financeira – GAFI fora criado em 1989 e com o objetivo de implementar os ditames da Convenção de Viena, realizada em 1988 elaborou quarenta recomendações direcionadas aos países-membros, inclusive ao Brasil, os quais devem segui-las, no sentido de buscar um efetivo combate à “lavagem” de capitais.

Outro organismo internacional é a Comissão Interamericana para Controle do Abuso de Drogas – CICAD, criada no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA; o objetivo foi a elaboração de um regulamento-modelo contendo uma normatização básica de combate à lavagem, objetivando uma harmonização da legislação no âmbito dos países do continente americano.

Outro grupo internacional é o Grupo Egmont, o qual mantém unidades de inteligência financeira em vários países, sendo que no Brasil, foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, previsto na Lei 9.613/98 o qual tem como finalidade disciplinar, aplicar penas administrativas, bem como realizar a troca de informações com outras unidades de inteligência, a fim de identificar atividades que correspondam à “lavagem” de capitais.

A cooperação internacional tem como finalidade transpor a atuação estatal além dos limites territoriais pré-estabelecidos, a fim de buscar mecanismos de combate e controle da criminalidade supranacional, a qual procura a todo instante ficar à margem de qualquer forma de controle por parte do Estado, objetivando sempre a manutenção da impunidade.

5.2 “LAVAGEM” DE CAPITAIS – REGULAMENTAÇÃO E TENDÊNCIA JURÍDICO-PENAL

O legislador brasileiro no afã de acompanhar a evolução da criminalidade, na mesma proporção e velocidade tecnológica que se vê presente atualmente, criou a Lei 9.613/1998 – “lavagem” de capitais – contendo mecanismos que, muitas vezes, vão de encontro aos princípios e garantias previstos na Carta Magna brasileira.

Buscou o Estado relativizar ou flexibilizar princípios, a fim de demonstrar sua eficiência no combate à criminalidade sofisticada, utilizando-se de instrumentos, os quais julga compatíveis no enfrentamento da macrocriminalidade.

Dessa forma, a Lei de “lavagem” de capitais é a pura demonstração de que o Estado brasileiro adota o denominado Direito Penal do inimigo proposto por Jakobs ou direito de terceira velocidade caracterizado por Silva Sanchez em sua obra.

É claro que isso não se verifica de forma aberta, como propõe Jakobs no seu texto Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 67), porém, na legislação ordinária, precisamente na lei de “lavagem” de capitais há traços marcantes de contaminação do Direito Penal do inimigo como se demonstrará na seqüência deste trabalho.

5.2.1 Crimes antecedentes – Ausência de tipificação

O primeiro aspecto relevante dessa tendência é a tipificação expressa de determinados delitos considerados como antecedentes, os quais não encontram tipificação adequada na legislação pátria.

Ressalta-se que não é o objetivo do presente trabalho discorrer de forma pormenorizada no que diz respeito individualmente a todos os crimes considerados como anteriores, todavia somente ressaltar aqueles que se referem ao objeto mencionado anteriormente, qual seja, aspectos determinantes co-relacionados ao Direito Penal do inimigo.

Nesse sentido, cita-se a conduta identificada como “terrorismo e seu financiamento” para o qual não há possibilidade de tipificação da conduta de

“lavagem” de capitais, considerando que não há previsão legal do crime de terrorismo no Brasil.

A Constituição da República, em seu artigo 5º. XLIII prevê a expressão “*terrorismo*”, inclusive inadmitindo a concessão de determinados benefícios, assim como a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) no seu artigo 20, se refere exclusivamente a “*atos de terrorismo*”, além da Lei 8.072/90 que o considera como crime hediondo por equiparação. No entanto, nenhum dos diplomas legais estabelece uma definição da conduta enquanto típica não havendo, portanto, um regramento sancionador até o momento, que a leva para um grau de indefinição.

Apesar de existir normalmente um caráter transnacional na conduta de “lavagem” de capitais, a partir da prática de terrorismo fora do ambiente nacional, onde possa existir legislação nesse sentido, ainda assim, não há possibilidade de o Estado brasileiro exercer o seu *jus puniendi*, em razão da ausência de tipificação na legislação em comento, sob pena de ferir os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da lei penal previstos, no artigo 5º., XXXIX da CF/88, bem como, no artigo 1º. do CP, os quais estabelecem que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Barros (2007, p. 92) afirma que existem dois segmentos do gênero terrorismo sendo que:

um visa alcançar fim político, pressionar a modificação da estrutura do Estado ou agir em represália à atividade política ou econômica de um Estado em relação a outro; e o segundo é o terrorismo religioso ou ideológico, utilizado como poderosa arma de agressão ou de combatentes suicidas.

Face as caracterizações básicas é indiscutível a expressividade do terrorismo apesar de sedimentado na doutrina a indeterminação de seu conceito. Desta forma, Costa (In BALTAZAR JR.; MORO 2007, p. 42) cita a catástrofe ocorrida em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, bem como os fatos que a sucederam o que demonstra “que atos dessa espécie merecem especial atenção dos estados. Entretanto, não é o que ocorre no Brasil, pelo menos na ótica da repressão penal, mesmo que patente sua necessidade. (...) Não é possível escusar o legislador da negligência”.

Apesar da definição doutrinária acerca do tema, bem como a compreensão de que efetivamente o terrorismo é uma prática corrente em determinados países,

atualmente a sua aplicabilidade se apresenta como uma conduta atípica para o Direito Penal brasileiro o que se estende também ao financiamento ao terrorismo, conforme menciona Barros (2007, p. 104-105):

repete-se aqui o entrave para a adoção de ações repressivas na medida em que se deve eliminar o vácuo legislativo para tipificar penalmente a atividade de “financiamento ao terrorismo”, a fim de que se possa nela identificar o crime antecedente pressuposto básico da “lavagem”.

Entretanto, apresenta-se posicionamento divergente de Mendroni (2006, p. 41), quando afirma a possibilidade de aplicar o referido dispositivo legal, com base em outras fontes do direito, cujo entendimento é incompatível que o nosso sistema constitucional vigente:

Embora não exista legislação específica no Brasil, definindo “crime de terrorismo”, nem por isso, e com esse fundamento, o dispositivo pode deixar de ser aplicado. Sem definição legal, há que se utilizar outra fonte do Direito, como a doutrina.

Outro aspecto, digno de discussão no mesmo sentido, se refere ao crime praticado por organização criminosa, cuja tipificação também encontra um vazio na legislação pátria, apesar de doutrinariamente encontrar características peculiares como aquelas relacionadas por Barros (2007, p. 151-152), como sendo:

a) estrutura plúrima hierarquizada e permanente, estabelecida no mínimo em três níveis, com a presença de um chefe, subchefe/conselheiro, gerentes e partícipes de outros escalões subalternos; b) finalidade de lucro ou poder; c) utilização de meios tecnológicos; d) conexão com o poder público; e) internacionalização; f) uso da violência ou intimidação; g) cometimento de delitos com graves conseqüências sociais; h) emprego de “lavagem” de dinheiro.

Mesmo a Lei 9.034/95 estabelecendo meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, não apresenta, efetivamente, um conceito sobre o tema.

Assim, não se tem como precisar qual o número mínimo de integrantes para caracterizar uma organização criminosa e nem mesmo tem-se conhecimento, a partir da lei, de quais infrações poderiam tipificar essas organizações.

Nesse sentido, Barros (2007, p. 154)

A incerteza legal é desconcertante. Ninguém há de negar que as organizações criminosas existem. Suas estruturas e formas de operacionalização dos ilícitos são do conhecimento das autoridades constituídas. Aliás, tanto isto é verdadeiro que o próprio Poder Executivo chegou a enviar um Projeto de Lei ao Congresso propondo a inserção do art. 288-A, no Código Penal, com a seguinte redação: “Organização Criminosa – Associarem-se três ou mais pessoas em grupo organizado, por meio de entidade ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime: Pena – reclusão de cinco a dez anos e multa. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa.” Mais a mais, tramita no Senado o Projeto de Lei 150/2006, que foi apresentado em setembro de 2006, pela senadora Serys Slhessarenko, o qual foi aprovado com emendas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, em 21.03.2007, tendo como relator o senador Aloizio Mercadante (...) o qual estabelece uma definição jurídica de organização criminosa de uma forma bastante complexa.

Conforme menciona Costa (In BALTAZAR JR.; MORO, 2007, p. 50):

Em síntese, o legislador por intermédio do novel texto legal, distinguiu expressamente os institutos quadrilha, bando, organização e associação criminosa, evidenciando, a partir de então, a impropriedade da evocação do tipo previsto no art. 288 para fins de definição de organização criminosa. Disso decorre que é defeso cogitar de lavagem de dinheiro, porquanto inexistente a tipificação de crime que lhe seja antecedente.

Maia (1999, p. 78) entende de forma diversa, afirmando que o conceito de organização criminosa está expresso na “lei do crime organizado”.

Em que pese a respeitáveis entendimentos contrários, entendemos que a Lei federal 9.034/95 efetivamente conceituou organização criminosa. Não se criou qualquer requisito adicional dependente de integração hermenêutica pelos operadores do Direito para determinar-se a presença de uma organização criminosa: bastará – tão-somente – a presença dos requisitos tradicionalmente exigíveis para o crime descrito no art. 288 do Código Penal, desde que associados à efetiva prática de pelo menos um crime.

Com o devido respeito, ousa-se discordar deste posicionamento, considerando que a referida “lei do crime organizado”, como ficou conhecida, somente estabelece meios operacionais para prevenir e reprimir *“ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações de qualquer tipo”*, não conceituando, portanto, o conteúdo do que efetivamente o diploma visou reprimir.

Mendroni (2006, p. 51) apesar de concordar que não há tipificação para essa conduta na legislação brasileira, afirma que não existe óbice quanto a sua aplicação, independentemente de definição legal.

Ademais, importante referir, para espantar qualquer resquício de dúvida, que o governo do Brasil editou o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, definindo “Grupo Criminoso Organizado”, de *lege ferenda*, especificando que: “para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) ‘Grupo criminoso organizado’ – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Demonstra-se assim, por fim, ser absolutamente possível aplicar o presente dispositivo, simplesmente, e também principalmente, através dos próprios conceitos de “organização criminosa”, independentemente de definição legal.

É manifesta a intenção do legislador de abarcar condutas que são consideradas gravosas, inclusive em âmbito internacional, como menciona Barros (2007, p. 72-73):

Justifica-se a preocupação das autoridades, pois a “lavagem” de capitais constitui um problema de amplitude mundial. Envolve poderosíssimas organizações criminosas, as quais, com atividades e dinheiro ilícitos, minam e se interligam com o sistema econômico e financeiro e com o poder econômico e político, fomentam a corrupção, põem em causa a soberania e a independência dos Estados e comprometem a própria democracia.

Porém, o “Estado” não pode esquecer que, ao contrário da criminalidade supranacional, possui ele delimitação de suas regras expressamente estabelecidas no texto legal e, sua infringência implica em conseqüências danosas ao Estado Democrático de Direito.

Acerca do assunto, Silva (2001, p. 70-71):

O legislador, nesse aspecto, intencional ou não, fez constar de Lei esses comportamentos que podem ser tidos como anti-sociais; porém, em não se tratando de condutas puníveis, tornam-se inválidas, inócuas, para os fins penais. (...) O legislador, diante de uma das raras oportunidades que teve de produzir uma legislação moderna capaz de contribuir para a solução de muitos conflitos existentes na contextualização dos graves problemas sociais que quotidianamente se alastram por todo o país, não soube aproveitá-la. Produziu uma legislação eivada de deficiências, incoerências e omissões. Tomou como suporte para o crime de “lavagem” certas condutas que o tornam inócuo e, de outro lado, no entanto, omitiu crimes de grave e indiscutível potencial ofensivo, que têm contribuído com grande parcela para o desequilíbrio das contas pública e, também para a deterioração de bens jurídicos metaindividuais, como a ordem econômica nacional.

Maia (1999, p.51), manifesta-se no seguinte sentido:

Para adquirir relevância criminal constitucionalmente válida, as ações e omissões humanas descritas nos tipos objetivos destes ilícitos devem ser especialmente gravosas aos relevantes bens jurídicos protegidos (intervenção mínima) e devem ser descritas tanto quanto possível de modo razoavelmente preciso e unívoco e exaustivo e transparente (taxatividade), de modo a que cada cidadão possa ter plena consciência, ao realizá-las, de que está atuando em desconformidade com o Direito (função indiciária da ilicitude) e penetrando na esfera de sujeição ao *jus puniendi* estatal (função de garantia do tipo).

Diante da dubiedade manifesta acerca da (im)possibilidade de aplicação de condutas não tipificadas em normativos legais gera a possibilidade, de flexibilização de princípios garantistas, norteadores do moderno Direito Penal, como legalidade, anterioridade da lei penal, bem como a própria dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, está-se diante daquilo que Silva-Sánchez (2002, p. 75-76) denomina Direito Penal da globalização, o que embora seja uma tendência real, segundo entendimento deste autor, deve ser compreendido com a devida ponderação.

O Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais.

5.2.2 A problemática quanto à reprimenda sancionatória

Outro enfoque presente na lei de “lavagem” de capitais que apresenta características presentes no denominado direito de terceira velocidade, caracterizado por Silva-Sanchez ou Direito Penal do inimigo identificado por Günther Jakobs é a problemática relacionada à aplicação da pena ao delito de “lavagem” de capitais.

Atualmente, a referida legislação prevê a cominação de pena privativa de liberdade correspondente ao mínimo de três e ao máximo de 10 anos de prisão além da previsão da pena de multa, a qual deverá ser aplicada nos moldes dos artigos 49 a 52 do Código Penal.

Dessa forma, o limite da pena pecuniária deverá ficar entre o limite mínimo de dez e o máximo de trezentos e sessenta dias-multa, sendo que a fixação do valor do dia-multa não pode ficar aquém de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem além de cinco vezes esse salário.

Em relação à pena privativa de liberdade, de acordo com o conteúdo do Projeto de Lei em trâmite no Senado Federal, a referida cominação legal poderá ser acrescida de oito anos, passando, portanto, a uma pena máxima de 18 (dezoito) anos de prisão.

A segregação nos crimes de “lavagem” é tratada por Costa (2005, p. 67) da seguinte maneira:

as penas, no campo do Direito Penal econômico, vivem debaixo da sigla dos três *sh*: *sharp*, *short*, *shock*. Ora, basta a enunciação de que neste campo as penas devem ser “acutilantes”, “curtas” e “chocantes” para, de imediato, se perceber como se está longe de qualquer fim que classicamente (prevenção geral positiva, prevenção geral negativa, prevenção especial; ressocialização; retribuição; neo-retribuição) se possa atribuir às penas. (...) Na verdade, aqui, está-se a lidar com agentes de infrações que não necessitam de qualquer efeito ressocializador, pois, se se quisesse ser desconstrutivista, poder-se-ia até dizer que tais agentes “sofrem” é de socialização a mais. Para além disso, nem as mais elevadas sanções pecuniárias tem qualquer efeito dissuasor, não só porque pouco desconforto provocam quando se está perante fortunas astronômicas como, em certas circunstâncias, podem ter só a consequência de se verem diluídas na opacidade da sua repercussão nos preços dos produtos da empresa ou empresas pertencentes ou dominadas pelo agente da infração. Daí que a pena curta de prisão, com efeito estigmatizante, seja a que proporciona o efeito dissuasor e complexo a que toda a pena criminal aspira.

Assim, se o projeto em trâmite for transformado em lei, a pena máxima cominada ao delito de “lavagem” será superior a alguns dos crimes antecedentes, inclusive superior ao próprio crime de tráfico de drogas, considerado como extremamente gravoso e precursor do delito de “lavagem”.

Acerca da ampliação dos limites da pena privativa de liberdade Hassemer (2007, p. 149), afirma que:

A criminologia nos ensina, desde muito, que a mera ampliação dos limites penais máximos e mínimos não são de grande utilidade. O possível autor não se pergunta, quando do cálculo do risco, se ele receberá dois ou três anos de prisão, no caso de ele ser pego. Ele pondera muito mais, se ele poderá ser realmente pego. As simples ampliações dos limites penais máximo e mínimos são uma medida da política simbólica que não contribui muito para seu objetivo e, isso é sabido por aqueles que lançam mão de tais meios, para demonstrar junto à opinião pública vigor e idéias.

A consequência de tudo isso é que o Direito Penal fica reduzido a uma função puramente simbólica, deixando de lado suas verdadeiras funções. Na verdade, estes efeitos simbólicos da intervenção estatal só são plausíveis enquanto efeitos secundários, e não como principais.

Hassemer (1993, p. 642) salienta que esses efeitos simbólicos estão:

conectados ao fim ou à função de transmitir à sociedade certas mensagens ou conteúdos valorativos, e sua capacidade de influência ficaria confinada às mentes ou as consciências, nas que produziriam emoções, ou quando mais, representações mentais.

O Estado, na visão de Franco (2000, p. 264-265), diante da criminalidade supranacional e principalmente no que se refere à reprimenda sancionatória, encontra-se:

Mudo e quedo, suporta, sem reação, a pesada carga de danosidade social que o crime transnacional é capaz de produzir. E, então, reforça o sentimento de impunidade que já se introjectou, em nível local, no espírito da população e realimenta o clima de insegurança coletiva que, explorado politicamente e dramatizado pelos meios de comunicação social, dá legitimidade a uma legislação penal interna altamente repressiva, mas de efeitos puramente simbólicos.

No entanto, acerca da aplicação da pena de multa, no âmbito do Direito Penal, o tratamento foi diferenciado, pois o limite para sua aplicação encontra-se, conforme já mencionado, dentro os parâmetros estabelecidos pelo Código Penal, independentemente do valor objeto de transformação.

Barros (2007, p. 168) afirma:

Nota-se uma desatenção do legislador, pois se os delitos previstos na Lei 9.613/98 configuram formas evoluídas de delinquência internacional e de operações criminosas que favorecem o enriquecimento ilícito dos criminosos, seria conveniente estabelecer sanção pecuniária coerente com os fins repressivos almejados. Consideradas as especificações do caso concreto e o volume dos bens, direitos ou valores “lavados”, a multa abstratamente estabelecida deveria atender parâmetros mais rígidos, o que certamente maior eficácia produziria à repressão da “lavagem”. Ao contrario disto, a lei destina ao condenado “lavador” pena pecuniária que chega a ser irrelevante para os padrões de criminalidade que visa reprimir.

Dessa maneira, o legislador somente obtém êxito, em termos políticos, no sentido de haver respondido aos meios sociais com prontidão e com severidade, entretanto os efeitos reais esperados não são da mesma forma, atingidos.

5.2.3 A possibilidade de prosseguimento do processo à revelia do acusado

Outro ponto relevante, em que também está presente a relativização de garantias constitucionais é a regra estabelecida no § 2º do artigo 2º da lei de “lavagem”, a qual proíbe a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, o que implica, na possibilidade do julgamento do réu à sua revelia, ferindo sobremaneira o devido processo legal.

O fundamento da vigência desse conteúdo encontra-se na exposição de motivos da referida lei, a qual consta:

Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a macro-criminalidade representada pela “lavagem” de dinheiro ou ocultação de bens direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinqüentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a ‘lavagem’ ou a ‘ocultação’.

Barros (2007, p. 211) assevera que o fundamento constante na exposição de motivos da lei, não justifica a redação do referido parágrafo, por existir um confronto com os direitos e garantias constitucionais.

Além de afrontar os dogmas constitucionais, os motivos que levaram o legislador a redigir o referido parágrafo não autorizam apoiar a sua aplicação. Com efeito, a ausência do denunciado, a suspensão do processo, por si, não tem essa conotação premial e muito menos evidencia um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em conexão com a “lavagem” ou a ocultação.

Maia (1999, p. 125) afirma que: “nos termos em que se encontra redigido este § 2º., ou seja, vedando tão-somente a aplicação do art. 366 do CPP, estamos em que o mesmo é simplesmente inaplicável, por violador do devido processo legal.(...)”

A aplicação do dispositivo seria como admitir viver num mundo de “faz-de-conta” conforme assevera Barros (2007, p. 210-211):

Existem regras que constituem pontos basilares da estrutura do devido processo penal, que dão a necessária harmonia ao sistema jurídico e não podem ser excepcionadas sem dar lugar ao surgimento de injustiças. Para a efetividade e segurança da edição de uma decisão condenatória verdadeiramente justa, é de fundamental importância que o acusado tenha ciência real da existência do processo criminal. O prosseguimento do processo até final sentença, em ação penal na qual o réu foi fictamente citado, nos remete a um longo período de produção em série de condenações de réus revéis. Camuflava-se a efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa com o chamado faz-de-conta. Faz-de-conta que o réu tem ciência da existência de ação penal; faz-de-conta que a sua defesa – ainda que elaborada em termos técnicos –, é a melhor; faz-de-conta que todas as providências tendentes ao estabelecimento da verdade real foram determinadas e realizadas, enfim, faz-de-conta que o processo criminal, assim concluído, não representa uma séria restrição à defesa de mérito.

Silva (2001, p. 139) corrobora esse posicionamento afirmando que a vedação quanto à aplicação do artigo 366 do CPP está viciada pelo signo da inconstitucionalidade porque: “viola o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, e ainda não atende ao que dispõe o art. 8º Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)”.

O referido Pacto em seu artigo 8º dispõe:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Finalizando, Souza Netto (1999, p. 123) salienta ainda que “o direito de ser informado da acusação é impostergável, sendo uma garantia constitucional, corolário dos princípios do contraditório e ampla defesa”.

Apesar da inconteste violação, o projeto em trâmite junto ao Senado (PLS 209/2003) reforça o atual posicionamento do legislador, ao prever que:

no processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art 366 do CPP, devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

Dessa forma, novamente o Estado demonstra a busca incessante pela paridade de armas em relação ao crime transnacional, porém armas tão ilegais quanto aquelas utilizadas pelo “inimigo”.

No entanto, conforme afirma Hassemer (2007, p. 145):

Não existe “igualdade de armas” entre a criminalidade e o Estado que combate a criminalidade, no sentido de que ao Estado deveria ser permitido a utilização daqueles meios aos quais a criminalidade possui acesso. (...) Ele não pode se utilizar de métodos criminosos, porque senão põe em perigo essa superioridade e com isso, a longo prazo, também arrisca a sua credibilidade e a confiança da população na ordem jurídica estatal.

5.2.4 A inversão do ônus da prova

Outro fator preponderante e merecedor de apontamento, refere-se à inversão do ônus da prova, presente no art. 4º, § 2º da referida lei o qual prescreve que “o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem”.

De imediato pode-se observar que o perdimento dos bens está excluído do rol supramencionado, em razão de que este somente ocorrerá por força de condenação, todavia a liberação dos bens, objeto de medida cautelar, apenas ocorrerá se comprovada, pela defesa, a sua licitude. Assim, fica excluída a necessidade de qualquer produção de prova por parte da acusação.

A inversão do ônus da prova encontra respaldo na Convenção de Viena no seu artigo 5º, n. 7:

Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, *na medida em que isto seja compatível com os princípios de Direito Interno* e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos. (grifo nosso)

A respeito do assunto, assevera Souza Netto (1999, p. 131) que “o dispositivo parece contrastar com o princípio da presunção de inocência” considerando, portanto, o referido dispositivo incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Hassemer (2007, p. 145) ressalta que a presunção de inocência é um pilar do Direito Penal orientado pelo Estado de Direito (artigo 6º, II da Convenção dos Direitos Humanos) e dessa forma:

Esse princípio não é conciliável com a retórica disseminada, segundo a qual seriam direcionados os métodos de investigação já introduzidos e os ainda desejáveis somente para os mafiosos, gângsteres e demais criminosos perigosos e que, então, o cidadão não teria nada a temer. Isso está errado. Os métodos investigativos sujeitos a questionamento são, com efeito, utilizados nos procedimentos de investigação, em um estágio no qual a presunção de inocência vale sem limitações (e elas se voltam não apenas contra os suspeitos, mas também contra os não envolvidos). Contra mafiosos não é mais necessário se investigar, para isso existem a condenação e a execução da pena. A falsa retórica dissemina uma legitimação para as intervenções estatais e deteriora, a longo prazo, o discurso público.

A existência da garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º., LVII, da CF/88) impõe certos limites à inversão do ônus da prova conforme afirma Barros (2007, p. 242-243)

É mister considerar, ainda, que se houver dúvida sobre a ilicitude ou sobre a conexão do patrimônio com o crime antecedente, do qual deriva o crime de “lavagem”, deverá o juiz reconhecer a primazia do axioma *in dubio pro reo*, e declarar a sentença absolutória. E um dos efeitos da decisão absolutória transitada em julgado consiste na pronta liberação do patrimônio apreendido ou seqüestrado, por tratar-se de um direito do absolvido (...).

Porém os “indícios veementes” são suficiente para a decretação do seqüestro no entanto para “a liberação será necessária a comprovação da licitude. Desse modo existe uma carga mais leve para a acusação (indícios) do que para a defesa (prova), configurando-se então a inversão do ônus da prova”, Souza Netto (1999, p. 132).

A propósito do embate existente entre Estado e a crescente criminalidade, Silva (2001, p. 113) considera que: “uma moderna legislação é necessária, porém, há que ser elaborada segundo os parâmetros constitucionais e assentada nos mais justos critérios seletivos (...)”.

Diante do exposto, pode-se observar, salvo entendimentos diversos, neste sentido que, a legislação brasileira, pertinente ao crime de “lavagem” de capitais possui características preponderantes do denominado Direito Penal do inimigo.

A respeito do Direito Penal do inimigo, bem como a sua co-relação com um Direito Penal excepcional, Jakobs (2003, p. 143) assevera:

O Direito Penal de inimigos também só pode ser legitimado como um Direito Penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do Direito Penal de cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa.

A discussão fundamental sobre a legitimidade do Direito Penal do inimigo, segundo Jakobs versa sobre a sua legitimidade, pois conforme o autor, ele teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência.

Souza Netto (1999, p. 188) menciona que os instrumentos previstos na Lei 9.613/98 “são suficientes para qualificá-la como de emergência, pois alteram substancialmente o modelo garantístico estabelecido pela Constituição de 1988.”

Consoante Hassemer (2008, p. 283):

nós devemos deixar de acreditar na lenda de que os meios de coerção atingem apenas “o criminoso”, como se houvesse uma linha demarcatória do âmbito da coerção do estado punitivo, que excluísse os bons cidadãos e só atingisse os “outros”. Como toda lenda, esta também seria muito boa, mas lamentavelmente a realidade é outra: acaso tivéssemos o “criminoso” (ou o “ladrão”, o “bandido”, o “traficante”, qualquer que seja o estigma), não haveria necessidade de investigação, e, já que investigamos, não se trata de “criminoso”, mas, quando muito, de suspeito ou pessoa de ligação, porque a presunção de inocência continua valendo. Mesmo a curto prazo, quem participa do debate deveria abster-se dessas manipulações verbais.

Portanto, o que se defende é que o fato de tratar-se de uma legislação de emergência, não autoriza o Estado a aniquilar os preceitos fundamentais que regem o nosso ordenamento jurídico garantista, logo, deve-se lutar para que o excepcional não se transforme em regra, pois caso isso ocorra estar-se-á diante da total falência do sistema.

Souza Netto (1999, p. 187) afirma que “a consideração do acusado como inimigo, no processo penal leva à supressão das garantias, indicando um ressurgir do autoritarismo político”.

Caldas (In COSTA, 2005, p. 95) afirma que: “Deverá ter-se como liminarmente impossível em Direito Penal econômico, como impossível se deve ter liminarmente no Direito Penal em geral, o entendimento de Jakobs sobre a legitimidade de tratamento penal diferenciado de cidadãos e de inimigos.”

Assim como se apontam nesta seção características que identificam traços do Direito Penal do inimigo, presentes na legislação brasileira, a seguir identificar-se-ão,

da mesma forma, no referido diploma legal, tendências da atual política criminal que buscam numa área, diversa do Direito Penal, solução para a prevenção da incidência da criminalidade econômica, especificamente, o crime de “lavagem” de capitais.

5.3 “LAVAGEM” DE CAPITAIS – REGULAMENTAÇÃO E TENDÊNCIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Ressalta-se que o objetivo deste tópico é demonstrar a tendência do legislador, a partir da edição da Lei 9.613/1998, no sentido de adotar mecanismos diversos do Direito Penal, a fim de identificar condutas suspeitas e, por consequência, prevenir a ocorrência dos delitos de “lavagem”.

Essa estratégia utilizada pelo Estado leva em consideração que o Direito Penal é o ramo do direito que estabelece as sanções mais graves, e por esse motivo deve ser utilizado para o enfrentamento dos ataques mais violentos.

Assim, o seu caráter de subsidiariedade deve ser considerado para que possa ser utilizado como a *ultima ratio*, e não a *prima*, e tampouco a *unica ratio*, o que pode gerar sérios problemas para a sociedade, em razão dos resultados injustos e/ou arbitrários que possam ser produzidos.

De acordo com Hassemer (2008, p. 311), “a criminalidade se apoderou dos braços que tinham a missão de combatê-la (...) e, quando as instituições de combate à criminalidade caem nas mãos da criminalidade (...) então um novo tempo terá começado”.

A partir dessa constatação, uma nova estratégia social foi necessária para ampliar as formas de reação do Estado frente à nova criminalidade.

Acerca do assunto Hassemer (2008, p. 227) afirma que “o Direito Penal, em seu formato de um estado de Direito liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover a ampla *prevenção de situações perigosas*.” (grifo nosso)

Mendoza Buergo (2001, p. 44-45) assevera que a característica da atual política criminal da sociedade do risco é a de configuração de um Direito Penal preventivo com mais característica de um acentuado adiantamento da proteção penal, assim como a configuração de novos bens jurídicos universais. Portanto, a mais importante diferença entre o “velho” e o “novo” direito preventivo é que o novo Direito Penal de controle global protege mais e distintos bens, além disso, protege-os antes, isto é, num estágio prévio à lesão do bem jurídico.

A legislação brasileira pertinente à “lavagem” de capitais, acompanhando a evolução para um “Direito Penal preventivo” optou inclusive por, abstrair-se em

determinados momentos das imposições do Direito Penal para aplicar de maneira preventiva sanções relacionadas ao direito administrativo.

Souza Netto (1999, p.170-171) salienta que no que se refere à Lei 9.613/1998:

O legislador nacional, considerando inadequada qualquer reação de natureza penal, optou por punir administrativamente as violações estabelecidas nos arts. 10 e 11. (...) Na pena criminal encontram-se em relação de complementaridade os bens ou valores eticamente relevantes e a culpa, no sentido de uma censurabilidade ético-social, no sentido de um juízo de desvalor ético sobre a personalidade humana. Por outro lado para a reação contra um ilícito administrativo recorre-se a um tipo de sanção carecida de *pathos ético* vez que exprime uma censura pela desobediência às prescrições da administração. Desse modo o legislador considerou a solução do direito administrativo como idônea para punir essas manifestações menores, libertando dos quadros categóricos do direito criminal. Seguiu-se então, tendência do pensamento jurídico moderno em deixar as infrações de menor relevância ao campo administrativo, deixando a sanção penal a fatos que lesionam bens jurídicos considerados mais relevantes.

Assim o legislador resolveu, de certa maneira, assumir a política pública de controle das instituições transferindo, segundo Barros (2007, p.285) “a determinadas pessoas jurídicas e físicas, intermediárias ou gestoras da movimentação da economia e das operações financeiras realizadas o País, parte da carga de vigilância sobre atos que possam constituir a prática do ilícito de ‘lavagem’”.

Sobre os denominados crimes baseados na ausência ou infração de controle administrativo, Silveira (2006, p.142) afirma que “em se tratando de situações ofensivas à ordem econômica, percebe-se certo grau de controle administrativo sobre as atividades de mercado; é aquela baseada na ausência ou infração deste controle”.

Dessa maneira, Silveira (2006, p. 142-143) continua afirmando que desde há muito:

percebe-se, como uma das mais freqüentes incidências da Administração na vida cotidiana, o regramento de condutas. Entendendo que algumas regras devem ser mais impositivas, cabendo ao seu infrator sanção penal, formata-se essa nova modalidade delituosa. Inicialmente tidas na Alemanha como situações específicas hoje encontram-se distintas maneiras de classificar ou mesmo identificar tais construções típicas, sempre dizendo respeito a uma ação dada em contrariedade a uma prévia regulamentação administrativa. Caracterizadas por descrever sua conduta típica atinente à realização de atividade sem a esperada autoridade administrativa, nelas não se percebe, por claro, situação necessariamente danosa, mas unicamente de perigo desenhado pelo legislador. Com muito menor

construção dogmática, mostra sua necessidade por imperativo de ordem político-criminal, freqüentemente utilizada no campo ambiental, mas também com uso na seara econômica.

Com o objetivo de inibir qualquer tipo de colaboração aos crimes de “lavagem”, novas medidas de significativo rigor disciplinar foram criadas. Desta forma Barros (2007, p. 291) assevera “que o Estado representado por uma plêiade de órgãos públicos reunidos em prol da mesma causa, colocou em prática a força-tarefa e, continua a ser um importante agente gestor da fiscalização ao cumprimento de tais obrigações”.

O sistema normativo relacionado ao regime administrativo, afeto aos delitos de “lavagem” em Argentina, segue praticamente idêntico regramento previsto na legislação pátria.

Segundo Durrieu (H) (2006, p. 53-54), em Argentina, o referido sistema normativo é denominado como regime administrativo ou penal administrativo manifestando-se da seguinte forma:

Los rasgos fundamentales del régimen administrativo, o también denominado penal administrativo, receptados por nuestro país, resultan del principio básico internacionalmente conocido como “conoce a tu cliente”, entre los cuales también está el deber de reportar operaciones sospechosas a un organismo autárquico que actúa como filtro, recibiendo y analizando los datos aportados, transformándolos luego en información útil para las autoridades judiciales. A resumidas cuentas cabe decir que el sistema administrativo instalado en nuestro país se estructura sobre la base de los siguientes aspectos fundamentales: (i) la creación de un órgano de control autárquico dedicado al análisis y prevención del lavado de dinero denominado “Unidad de Información Financiera” (UIF); (ii) la imposición del deber de reportar “operaciones sospechosas” que pesa sobre distintos agentes que operan en las más variadas fases del circuito económico denominados técnicamente como “sujetos obligados a informar”; (iii) deberes para los sujetos obligados vinculados al principio reconocido en el lenguaje internacional como “conoce a tu cliente” (*know your customer*) y sus derivados; (iv) régimen de sanciones para los sujetos obligados que incumplan con sus deberes impuestos por la normativa “penal-administrativa”; y (v) en caso de verificarse la comisión de alguno de los delitos previstos por la ley, la denuncia ante el Ministerio Público Fiscal para instar la actividad jurisdiccional.

Diante da crescente sofisticação, pelos criminosos, dos mecanismos utilizados para usufruir dos bens ilícitos, o Estado não poderia deixar de implementar e ampliar seus meios de controle, a fim de prevenir e controlar essa nova espécie de criminalidade.

A implementação dos mecanismos de controle da “lavagem” de capitais ocorreu por meio da interdisciplinariedade, apresentada como alternativa ao sistema penal, considerando que os promotores da “lavagem” de capitais utilizam, nas várias fases do processo de transformação, de instrumentos que transcendem a aplicação do Direito Penal.

Assim, faz-se necessário um tratamento diferenciado a esta espécie de atuação. A respeito do assunto, Pinto (2007, p. 218):

o tratamento mais adequado a ser dado à lavagem de valores é metajurídico e interdisciplinar, já que amplia seu espectro e extrapola, ainda mais, o universo do Direito Penal, quando uma operação ilícita transcende o ambiente doméstico e gravita por meio de operações *offshore*, fato que, conseqüentemente, converge para diferentes níveis de proposituras preventivas e repressivas. E, ao expandir esse leque de discussão, o tema é desnudado da enganosa roupagem meramente penal, em verdade, relegada a um plano secundário, pois o que se deve privilegiar é o aspecto preventivo.

Dessa maneira, a lei 9.613/1998 com característica multidisciplinar além de estabelecer uma relação de pessoas físicas e jurídicas que possuem o dever de agir, com a finalidade de evitar, controlar ou ao menos dificultar a prática de crimes de “lavagem” de capitais, ainda cria o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), órgão administrativo especializado na investigação de operações de “lavagem”.

5.3.1 Sujeitos co-responsáveis

A Lei 9.613/1998 estabeleceu no seu artigo 9º, caput, os denominados sujeitos obrigados ou ainda sujeitos co-responsáveis, aos quais impõe obrigações quando da realização de operações em caráter permanente ou eventual, tendo como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, no mercado financeiro em geral, envolvendo:

- I – a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;
- II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III – a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

A seguir, o legislador relaciona em doze incisos especificamente os sujeitos obrigados, os quais são os destinatários da referida norma de caráter preventivo, estabelecendo sanções punitivas gravosas quando do descumprimento dos preceitos normativos.

- I – as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;
- II – as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;
- III – as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;
- IV – as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;
- V – as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*);
- VI – as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;
- VII – as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;
- VIII – as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;
- IX – as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representam interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;
- X – as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;
- XI – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades;
- XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie.

Segundo Souza Netto (1999, p. 147):

o artigo 9º. tornou co-responsáveis, no combate à “lavagem” de capitais, além das instituições bancárias, outras profissões ou categorias de empresas que, não sendo entidades financeiras, exercem atividades suscetíveis de serem utilizadas para efeito de “lavagem” de dinheiro.

O PLS 209/2003 transformando-se em lei ampliará significativamente o rol de pessoas físicas e jurídicas sujeitas às obrigações impostas pela legislação, objetivando ao menos dificultar a atuação criminosa.

- XIII – as juntas comerciais e os registros públicos;
- XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:
- a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
 - b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
 - c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
 - d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
 - e) financeiras, societárias ou imobiliárias;
 - f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.
- XV – pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;
- XVI – as empresas de transporte e guarda de valores.
- XVII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem, ou intermedeiem a comercialização, de bens de alto valor de origem rural.
- XVIII – as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

A referida ampliação demonstra a preocupação do legislador no sentido de estender, ao maior número de pessoas possíveis a responsabilidade de prevenir a ocorrência do crime de “lavagem” de capitais.

Barros (2007, p. 292) assevera que diversos são os motivos que fundamentaram a criação desse modelo de parceria público-privada, dentre eles, o argumento no sentido de que:

a maioria das operações de “lavagem” não apresenta uma vítima identificável, fato este que geralmente conduz à inexistência de qualquer reclamação ou queixa. Isto serve para explicar a excepcional dificuldade com que se deparam as autoridades encarregadas de executar a tarefa de investigação criminal, bem como, os entraves opostos à efetivação da persecução penal na fase da apuração judicial dos crimes do gênero “lavagem”.

Para Durrieu (H) (2006, p. 62-63) os motivos que levaram o legislador a exigir legalmente condutas por parte de certos sujeitos-obrigados seriam em razão de não individualizar-se tão claramente a identidade da vítima direta do delito de “lavagem” de ativos, e também porque tradicionalmente se entendeu que o particular não possui o dever de denunciar um delito do qual tome conhecimento; deduz-se que poucos particulares se sentiriam atraídos por denunciar à justiça um caso de “lavagem” de dinheiro.

Três objetivos seriam justificadores da inserção das medidas extrapenais previstas na lei 9.613/1998 de acordo com Barros (2007, p. 292):

a) evitar que o sistema financeiro e outros setores da economia sejam utilizados no chamado processo de “lavagem” de dinheiro; b) sensibilizar a sociedade para o fato de que não se pode atribuir o controle de fiscalização das operações ilegais exclusivamente aos órgãos repressivos do Estado; c) necessidade de se colher subsídios que efetivamente possam proporcionar o sucesso da *persecutio criminis in iudicio*.

E ainda, acerca da exigência legal destinada aos particulares de certas obrigações que tradicionalmente foram próprias do Estado, Durrieu (H) (2006, p. 63-64) afirma que a comunidade internacional tem entendido fundamental impor obrigações adicionais a certos particulares do mercado econômico, em prol de uma contundente repressão e prevenção do delito de “lavagem” de capitais. E assim, ante ao fracasso do Estado em seu intento por combater o avanço de certos fenômenos como a “lavagem” de dinheiro, narcotráfico, terrorismo e outros complexos crimes organizados, começou a atribuir aos particulares deveres e obrigações que tradicionalmente nunca tiveram.

A legislação internacional vem caminhando no sentido de não somente criminalizar de forma genérica a “lavagem” de capitais, mas segundo Souza Neto (1999, p. 192) “também a de prevenir tais práticas com a introdução de um sistema administrativo de co-gestão da responsabilidade entre o Estado e a sociedade”.

Entende-se louvável a iniciativa do legislador brasileiro ao materializar na legislação infraconstitucional, especificamente o contido na Constituição Federal em seu artigo 144¹², ou seja, prever expressamente a necessidade da responsabilidade de todos no que se refere à segurança pública..

Assim, transforma a responsabilidade de determinados sujeitos em dever de cooperação, reconhecendo que o Direito Penal, diante da sua estrutura previamente delimitada, não consegue acompanhar a atuação criminosa a ponto de identificar práticas suspeitas, a fim de impedir a prática do ilícito.

Apesar de possuir um caráter preventivo, o Direito Penal possui sua atuação marcante a *posteriori*, ou seja, a partir do dano cometido ou até mesmo a partir da iminência concreta de seu cometimento; porém, no caso do crime de “lavagem” de

¹² “a segurança pública é dever do Estado, mas também um direito e responsabilidade de todos”

capitais, as diversas transações financeiras que são realizadas concomitantemente e diuturnamente fogem sobremaneira do acompanhamento dos órgãos repressivos.

Contudo, ainda no aspecto relacionado aos sujeitos obrigados, entende-se importante ressaltar a previsão legal estabelecida no artigo 9º, parágrafo único, inciso IX, o qual estabelece a obrigação de comunicar operações suspeitas às autoridades competentes, por parte do *procurador* (advogado), que represente interesses de ente estrangeiro.

De acordo com a recomendação n. 12 do GAFI, o advogado está inserido no rol de sujeitos co-responsáveis e, portanto, a comunicação de operações suspeitas é seu dever e não faculdade.

No entanto, Pinto (2007, p. 126) afirma que “há um limite para essa ‘colaboração’, e esse limite está na legalidade”.

Logo, o limitador à atuação do advogado encontra-se na própria Carta Magna que no seu artigo 5º, XIV assegura o sigilo das informações, quando necessário ao exercício profissional.

A lei de “lavagem” de capitais, na medida em que prevê para o advogado o dever de comunicação, ainda encontra óbice na legislação infraconstitucional pertinente ao exercício da advocacia, Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia –, que no seu artigo 7º, incisos II e XIX, assegura como direito do advogado, dentre outros:

Inciso I: ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado [...];

Inciso XIX: recusar-se a depor como testemunha em processo o qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

O Estatuto da Advocacia estabelece ainda como infração disciplinar, nos termos do artigo 34, inciso VII, a violação, sem justa causa pelo advogado, do sigilo profissional.

Por sua vez, o art. 26 do Código de Ética da OAB estipula que:

o advogado deve guardar o sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor, como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Além de infração disciplinar, a revelação feita, sem justa causa pode constituir infração penal, conforme estabelece o artigo 154 do Código Penal.

“Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

Somente diante de situações excepcionais é possível de forma justificada admitir a revelação do segredo profissional conforme menciona Barros (2007, p. 347) “como sucede no caso de grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado é afrontado pelo próprio cliente ou necessitar depor em defesa própria (art. 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB)”.

É predominante o posicionamento entre os doutrinadores, bem como no seio da própria entidade de classe a impossibilidade da existência de obrigação por parte do advogado em revelar operações suspeitas de prática de “lavagem”, Barros (2007, p. 345) afirma:

O direito de defesa é um dos direitos fundamentais (conforme art. 5º, LIV e LV, da CF) e a eficácia desse direito depende da atividade do advogado, que por essa razão é considerada pela CF essencial à Justiça. (...) Seria de nenhuma utilidade a garantia constitucional que assegura ao acusado o direito de permanecer calado se o seu defensor pudesse livremente revelar o segredo que lhe foi confiado no exercício da profissão. Nem mesmo por lei se pode exigir que o advogado passe a ser obrigado a menosprezar o dever de lealdade para com o cliente e se torne um denunciante em potencial dos atos praticados por quem lhe conferiu poderes em confiança para gerir e administrar seus negócios etc., o que é totalmente inaceitável.

Quanto a inconstitucionalidade do dispositivo que viola a garantia do sigilo profissional, Durrieu (H) (2006, p. 87) afirma que a norma que tenta incluir na legislação fruto da interpretação das recentes modificações, as “40 Recomendações” poderia ser considerada inconstitucional, já que não se vêem razões jurídicas, nem tampouco práticas para que, por essa via, o interesse da sociedade de conhecer operações suspeitas que possam caracterizar o delito de “lavagem” de capitais, possa encontrar-se acima do direito que também tem a sociedade de que as confidências que são delegadas a um profissional não devam ser divulgadas. A sociedade tem muitas outras vias menos lesivas aos direitos individuais para conhecer esses fatos que, para o caso, são muito mais efetivas que por meio da extinção, ou acentuada limitação, do segredo profissional.

A transferência da competência de fiscalização por parte do poder público aos advogados significaria transformar o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º., inciso LVII) em “letra morta”, pois segundo Pinto (2007, p. 131-132):

seria absolutamente inconciliável com esse princípio o próprio advogado ‘apontar’ o delito, e assim a culpa, uma vez que, ‘abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato’, deverão denunciá-los ao órgão de inteligência financeira, que imediatamente repassará a informação à Polícia Federal ou Ministério Público para início do inquérito policial ou da ação penal.

Afirma ainda Durrieu (H) (2006, p. 88) que o direito que deveria ser salvaguardado é aquele que considera o advogado como um sacerdote. Ambos recebem no exercício de sua atividade confidências, que devem ser consideradas com um inviolável depósito. A confiança que somente sua profissão lhe atrai, seria uma detestável emboscada se pudesse abusar dela em prejuízo de seu cliente.

A necessidade de tratamento diferenciado por parte do Estado, no que diz respeito ao crime de “lavagem” de capitais é evidente, porém a supremacia dos direitos e garantias fundamentais deve sempre prevalecer, pois caso contrário, com a flexibilização desses direitos e garantias estar-se-ia transformando o Estado Democrático de Direito em um estado despótico e arbitrário.

5.3.2 Obrigações direcionadas aos sujeitos co-responsáveis

Após relacionar os sujeitos que compartilham de responsabilidade com o Estado, a lei 9.613/1998 impõe a eles o ônus de identificar, manter cadastro atualizado dos respectivos registros e comunicar condutas suspeitas, objetivando a prevenção do crime de “lavagem” de capitais.

Assim, o artigo 10 da referida lei estabelece as seguintes obrigações aos sujeitos co-responsáveis:

- I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;
- II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III – deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça;

§ 1º. Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º. Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de 5 (cinco) anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º. O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

Art. 10-A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º.

I – dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II – deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, às autoridades competentes.

(...)

Segundo Durrieu (H) (2006, p. 58), é fundamental, no que se refere ao controle da “lavagem” de dinheiro, a identificação do cliente, pois um acompanhamento de suas atividades permite com relativa certeza identificar quais serão suas próximas operações e, dessa forma, qualquer transação que não corresponda com o perfil do cliente que se conhece poder ser advertida imediatamente pelas pessoas obrigadas e comunicada à autoridade de controle, bem como à autoridade judicial competente.

Barros (2007, p. 303):

Em face da política administrativa implantada por esta lei é possível deduzir que o Estado quer empreender o mais amplo, genérico e efetivo controle fiscalizatório dos bens, direitos e valores postos em circulação na economia. De sorte que um dos objetivos visados pela lei é o de propiciar o rastreamento do percurso do dinheiro “sujo” ou do produto do crime antecedente, de modo a tornar árdua a operação de encobrimento da proveniência ilícita do patrimônio.

A identificação e manutenção de cadastro de clientes têm por finalidade evitar o benefício do anonimato, por parte das pessoas que colaboram de alguma forma para a prática da “lavagem” de capitais

A comunicação obrigatória das operações que possam ser consideradas suspeitas, consoante Pinto (2007, p. 101 e 102), reforça “a idéia do princípio

“Conheça seu cliente” – CSC (Know Your Customer – KYC), cabendo a essas pessoas uma análise valorativa das transações e fatos a elas ligados”.

De Sanctis (2008, p. 192) alerta para a existência de falha no sistema de comunicação das operações suspeitas de “lavagem”, citando como exemplo o conhecido esquema do “mensalão”.

viu-se recentemente que o sistema de comunicação obrigatória de atividades suspeitas de ‘lavagem’ falhou sensivelmente no notório esquema do ‘mensalão’, mediante o qual verbas de origem desconhecidas, talvez públicas, eram desviadas para pagamento de parlamentares em instituição financeira brasileira, com movimentação de volumosas quantias, por vez, havendo remessas ao exterior. Certamente houve falha em um dos instrumentos de controle, tido por essencial no combate à lavagem, que é a comunicação obrigatória.

Além da identificação dos clientes a lei prevê a necessidade de manutenção dos registros, pelo prazo mínimo de cinco anos, pois conforme menciona Barros (2007, p. 299) “não se pode pretender que a pessoa jurídica ou física mantenha o arquivo eternamente intocável”.

Porém, o PLS 209/2003 prevê em seu contexto a ampliação desse lapso temporal para no mínimo dezesseis anos, o que representa uma proposta demasiada, na visão de Barros (2007, p. 300), que afirma: “com a devida vênia, impõe-se a demonstração de justificativa que seja plenamente convincente para apoiar-se a aprovação de proposta legislativa de tal natureza”.

Até mesmo as operações realizadas de “forma pulverizada” devem ser objeto de registro de acordo com o que prevê a exposição de motivos da Lei de “lavagem”:

a partir deste critério objetivo, fecha-se o cerco em relação àquelas operações que eventualmente não tenham sido comunicadas e permite-se, inclusive, que se possam identificar oscilações de movimentação financeira significativas num dado momento em certa região. Tomou-se o cuidado de declarar que múltiplas operações realizadas por uma pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, em um mês-calendário, com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo, e que ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente, sejam consideradas de forma aglutinada (art. 10, § 3º). Isso se justifica, porquanto um dos expedientes utilizados no processo de ‘lavagem’ é justamente a realização, de forma pulverizada, de inúmeras operações envolvendo pequenas quantias.

Diante da abordagem manifestada por Silva-Sánchez (2007, p. 117), pode-se afirmar que as operações realizadas de “forma pulverizada” ou “fracionadas” são típicas condutas relacionadas ao denominado dano cumulativo ou dano derivado, o

qual “dispensa uma valoração do fato específico, requerente somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito” cuja característica é típica do Direito Administrativo sancionador.

Por outro lado, segundo Pinto (2007, p. 133), “nem sempre uma remessa para um paraíso fiscal, ou um país que geralmente esteja envolvido no narcotráfico, deve ser enquadrada como operação suspeita de Lavagem de Dinheiro”. No entanto, destaca algumas situações características de operações de caráter suspeito:

a) *valores em espécie* – qualquer tipo de operação que envolva numerário e espécie de valor superior a R\$ 10.000,00 ou diversas operações de valores inferiores, deverão ser consideradas suspeitas; b) *empréstimos* – quando a finalidade e ou o propósito do empréstimo são pouco claros; cliente solicita empréstimo, e apresenta garantias em dinheiro, ativos e depósito de divisas ou avais bancários estrangeiros sem relação com sua atividade habitual; garantias dadas por pessoas sem aparente relação com os clientes; empréstimos que são pagos por fontes desconhecidas ou sem relação com o que se conhece dos clientes; c) *investimentos* – depósitos em Fundos de Investimento com cheques de terceiro; constantes saques de Fundos de Investimentos antes do vencimento, com perda de rendimentos; d) *offshore* – clientes com freqüentes operações financeiras em paraísos fiscais; financiamento comercial ou internacional através de créditos documentários etc. para movimentar dinheiro entre países sem relação justificada com os clientes; transferências por meio de sistemas internacionais de quantias relevantes não justificadas.

Em contrapartida, as requisições formuladas pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras – unidade de inteligência financeira do Brasil) às pessoas físicas e/ou jurídicas submetidas aos meios de controle, necessitam de autorização judicial, objetivando a preservação do direito à intimidade do cidadão, conforme estabelece o inciso III do artigo 10 da legislação em comento.

Entretanto, o PLS 209/2003 prevê uma alteração significativa na prestação de informações sigilosas, excluindo do crivo do judiciário a apreciação do requerimento elaborado pelo COAF ou por outro órgão competente.

A respeito da mencionada alteração, Barros (2007, p. 304) afirma que:

Numa tacada só, a proposta visa afastar o Poder Judiciário da prévia avaliação, que é feita antes de se determinar ou não a expedição da requisição. E ainda se propõe a outorgar ao COAF o poder de requisitar informações, para serem respondidas no prazo em que for determinado por este órgão público subordinado ao Ministério da Fazenda.

Dessa forma, após a transformação do PLS 209/2003 em lei, a preservação do direito à intimidade, por meio do sigilo bancário, estará refletida no sistema, como mais uma garantia flexibilizada, em nome do combate à criminalidade avassaladora.

Souza Netto (1999, p. 167): “Hodiernamente, em face da reprovação social generalizada quanto ao crime organizado, há uma tendência inequívoca em se flexibilizar o dever de sigilo bancário.”

Nesse contexto, a partir da Lei Complementar 105/2001, no que se refere ao sigilo das operações de instituições financeiras, uma nova política ganhou espaço, segundo Barros (2007, p. 328), “de uma maneira que pretende eliminar barreiras para os setores investigativos do Estado”:

Não obstante essa cautela conjugada – requisição judicial e segredo de justiça – estabelecida pela Lei de “Lavagem” (art. 10, III) com o fim especial de garantir a preservação da intimidade, o certo é que o tradicional vigor do sigilo bancário e financeiro, outrora considerado verdadeiro estorvo para a investigação de crimes transnacionais, perdeu terreno e cedeu espaço a uma nova política criminal.

Destarte, todas as pessoas físicas e jurídicas co-responsáveis, conforme menciona Barros, (2007, p. 330) “estão descompromissadas de guardar sigilo de operações financeiras para com as autoridades a cuja fiscalização estão submetidas”.

Novamente reforça-se o entendimento de que presente está a flexibilização do sigilo das operações financeiras, a qual consoante Barros (2007, p. 333):

atinge seu ápice no ponto em que o BACEN, a CVM e os demais órgãos reguladores, devem fornecer ao COAF as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em “sérios indícios” dos crimes previstos na Lei de “Lavagem”, ou que com eles relacionar-se (art. 2º, § 6º, da LC 105/2001). A situação é outra, por que o dispositivo legal traduz norma imperativa presa ao termo “fornecerão”, não deixando margem a dúvida para o entendimento de que tais órgãos reguladores estão obrigados a fornecer ao COAF as informações cadastrais e de movimentação de valores.

O fato de o referido comando legal estar expresso por meio de uma Lei Complementar, esta não pode ser considerada hierarquicamente superior à Constituição Federal, portanto, conforme assevera Barros (2007, p. 334):

A inconstitucionalidade é evidente (...). Por isso tem razão a doutrina ao afirmar que a revelação dos dados sigilosos representa grave ingerência estatal na esfera da liberdade individual, visto que a sua efetivação se consoma sem prévio provimento jurisdicional e independente do devido processo legal.

No que se refere à comunicação compulsória das operações suspeitas, cujo prazo pré-estabelecido é de 24 (vinte e quatro) horas (artigo 11, inciso II) deverá ser realizada pelos sujeitos co-responsáveis, independentemente da análise por parte do Poder Judiciário e, ainda sob o manto da confidencialidade, pois o cliente não deve ser cientificado dessa comunicação, nem prévia nem posteriormente.

Souza Netto (1999, p. 161), acerca da comunicação compulsória prevista no artigo 11, inciso II, afirma:

Contrariamente ao disposto no inc. III do art. 10, pertinente à identificação dos clientes e o registro de operações, o presente artigo não estabeleceu a participação judicial no processo de comunicação das operações financeiras, havendo por isso inconstitucionalidade material, por ofensa ao dever de respeito à intimidade e ao sigilo de dados. Tal dever de denúncia ou de colaboração ativa colide abertamente com o nosso ordenamento jurídico relativo ao sigilo bancário, que não só não permite como pune a iniciativa de denúncia no que concerne a fatos das relações do cliente com a instituição de crédito.

Afirma ainda Souza Netto (1999, p. 168) que “a comunicação sistemática e permanente de informações protegidas pela obrigação de sigilo não se ajusta, a *priori*, ao sistema jurídico constitucional brasileiro”.

Apesar do evidente vício da inconstitucionalidade, pôde-se constatar, por meio de consulta no site oficial¹³ que o número de comunicações efetuadas às autoridades administrativas competentes, desde o ano de 2004 teve um índice crescente a cada ano, no entanto, em 2008 esse índice aumentou em 100% (cem por cento) em comparação ao ano de 2007:

¹³ Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-uf/>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Data: 31/12/2008

	2004	2005	2006	2007	2008
SUL	7.603	18.671	20.015	50.144	107.089
Paraná	2.926	7.419	8.183	21.175	45.293
Santa Catarina	2.175	6.923	6.847	14.652	29.018
Rio Grande do Sul	2.502	4.329	4.985	14.317	32.778

Essa ausência de questionamento acerca da inconstitucionalidade do dispositivo de lei em questão ocorre em razão da falta de interesse por parte das pessoas envolvidas.

Acerca do assunto, assevera Barros (2007, p. 334):

certamente não interessa ao BACEN, nem à CVM e nem aos demais órgãos regulares argüir a inconstitucionalidade por afronta às garantias que preservam a intimidade e o sigilo de dados. De igual modo, não interessa às pessoas jurídicas ou físicas, que estão obrigadas a comunicar as transações, discutir em juízo a validade dos dispositivos, notadamente em razão da condição de subordinação que ostentam em relação às autoridades competentes. E, obviamente, ao maior interessado em obter as informações sigilosas, ou seja, ao COAF, jamais aproveitará tal argüição.

Dessa forma, a ressalva se faz no sentido de que o legislativo realize uma avaliação no procedimento administrativo, a fim de efetivar alterações, para respeitar os comandos emanados pela nossa Carta Magna, que é o maior representativo legal pátrio, pois mesmo em se tratando de procedimento administrativo, os princípios e garantias constitucionais devem sempre ser preservados.

A respeito, Durrieu (H) (2006, p. 64) considera que não cabem dúvidas que a implementação do regime preventivo deverá fazer-se enfatizando os direitos individuais próprios de um Estado de direito, tanto para os obrigados a informar, como para seus clientes, evitando assim um excessivo e inadequado traslado de cargas de vigilância que, seguirá sendo uma faculdade indeclinável do Estado, por mais que no sistema preventivo antilavagem, a lei escrita tenha atribuído cada dia mais obrigações de controlador aos particulares do mercado.

5.3.3 Sanções administrativas aplicáveis

Neste tópico é importante ressaltar inicialmente as características da sanção administrativa, de maneira geral, bem como distingui-la da sanção penal para na sequência apresentar os aspectos específicos relacionados às sanções aplicadas aos sujeitos co-responsáveis na lei de “lavagem” de capitais.

Uma das principais características da sanção administrativa é a inaplicabilidade de pena privativa de liberdade, característica esta presente na reprimenda sancionatória penal, portanto são consideradas como ilícito administrativo as infrações apontadas pelo legislador como potencialmente menos lesivas.

García de Enterría e Fernandez (1998, p. 159) afirmam que:

Por sanción administrativa entendemos aqui um mal infligido por la Administración a um administrado como consecuencia de uma conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa (...).

A imposição de sanção significa para Ferreira (2001, p. 172) “declarar a consequência jurídica por causa do descumprimento da norma, pelo destinatário dela. A aplicação da penalidade refere-se à executoriedade, isto é são atos materiais tendentes à satisfação do conteúdo do ato administrativo sancionador (...)”.

O conceito de sanção administrativa para Vitta (2003, p. 66):

é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.

Inexiste distinção ontológica entre o ilícito penal, o civil, o administrativo, o tributário e outros, para Dias (1997, p. 17) “a distinção que existe é apenas de grau de valores tutelados, dependendo da maior ou menor repulsa à situação eleita como pressuposto de fato da aplicação da sanção”.

Figueiredo (2008, p. 464) assevera que “a diferença entre as sanções administrativas e as penais está apenas na gravidade da infração”.

Alguns doutrinadores se reportam a necessidade de utilização de critérios de distinção no que se refere ao ilícito administrativo e penal levando em consideração conforme menciona Oliveira (1985, p. 25 e ss) “o regime jurídico, o órgão aplicador da sanção e a específica eficácia jurídica do ato produzido. Desta forma, portanto:

estar-se-á diante de ilícito administrativo se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica, deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato jurisdicional, isto é, coisa julgada.

Quatro são as características apresentadas por Vitta (2003, p. 66) para conceituar especificamente sanção administrativa:

a) trata-se de conseqüência em virtude da prática de ilícito, portanto, decorre do descumprimento do mandamento da norma jurídica. Essa conseqüência é estipulada pela ordem normativa, por conta das normas estabelecidas pelo legislador; b) somente será qualificada como ‘sanção administrativa’ a que possa ser imposta por autoridade administrativa, na função administrativa, ou por autoridades legislativas ou judiciárias, quando exercerem funções administrativas; c) o Direito pode estipular a conseqüência desfavorável tanto ao infrator, como ao responsável. Aquele é quem, efetivamente, contraria o mandamento da norma, realiza a conduta que é pressuposto da sanção, enquanto o responsável responde, sofre a conseqüência determinada na ordem legal, ainda que não tenha praticado a conduta ilícita; d) a finalidade da sanção administrativa não é punir o sujeito infrator ou responsável. Tem por escopo desestimular as pessoas a cometerem futuras violações. A finalidade é preventiva.

Quanto a natureza jurídica da sanção administrativa ela está relacionada, segundo Justen Filho (2005, p. 397):

indiretamente com a atividade de poder de polícia. Nem todos os ilícitos administrativos configuram uma infração a medidas de poder de polícia. Mas o sancionamento administrativo reflete uma competência inerente ao poder de polícia. Trata-se de exercitar uma restrição às liberdades individuais, por meio da adoção de providências administrativas.

De fato o poder de polícia não está vinculado à prática de ato ilícito, portanto não possui diretamente cunho sancionatório e sim preventivo. No entanto, o poder de polícia segundo Justen Filho (2005, p. 397) “também se traduz na implementação de providências materiais destinadas a evitar a consumação da irregularidade ou a continuidade de situação antijurídica”.

Fundamentando o seu posicionamento no sentido de admitir a sanção administrativa como manifestação do poder de polícia Justen Filho (2005, p. 397) assevera:

A sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia. A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o poder-dever de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente. Portanto, a criação e deveres administrativos não é manifestação necessária do poder de polícia, mas a apuração da ocorrência do ilícito e o sancionamento daí derivado correspondem ao exercício da competência de polícia administrativa.

É claro que não haveria um resultado concreto se somente existisse a previsão da existência de tipos de infrações administrativas, e a ação fiscalizadora se não houvesse sanção para o descumprimento da norma.

Desta forma, o descumprimento das normas administrativas previstas na Lei de “lavagem” de capitais submete os sujeitos obrigados ao procedimento administrativo regulamentado pelo Decreto 2.799/98, assegurando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em relação ao procedimento administrativo, Souza Netto (1999, p. 175) afirma:

deverá ser obedecida não só a garantia do contraditório e da ampla defesa, mas também todas aquelas inerentes ao “justo processo penal”. Isto porque muito embora se trate de condutas de menor gravidade, relativamente ao ilícito penal, as sanções de multa podem ser mais rigorosas do que aquelas previstas para os crimes de “lavagem de dinheiro” ou ocultação, o que poria em causa a bondade de sua adoção.

Após a conclusão do procedimento, ficando comprovada a conduta dolosa ou culposa, por parte dos intermediários financeiros, estarão eles sujeitos às seguintes sanções, previstas no artigo 12 da Lei 9.613/1998, as quais obedecem a um critério de progressividade: advertência, multa, inabilitação temporária, e cassação da autorização para operação ou funcionamento.

O procedimento administrativo é presidido por uma autoridade administrativa competente¹⁴ a quem cabe a imposição da respectiva sanção levando em

¹⁴ Segundo Barros (2007, p. 350): “Essas autoridades integram os seguintes órgãos reguladores governamentais: Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF; Banco Central do Brasil – BACEN; Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; e Secretaria de Previdência Complementar - SPC

consideração os princípios inerentes à Administração Pública, previstos no artigo 37 caput da CF/88, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da necessidade de obediência dos outros comandos constitucionais inerentes às garantias fundamentais.

Conforme já mencionado, as sanções são aplicadas de acordo com a gravidade da infração administrativa, consoante estabelece o próprio texto legal.

No entanto, cabe ressaltar a disparidade existente entre a aplicação da sanção pecuniária aos sujeitos co-responsáveis que descumprem uma norma administrativa e aquela prevista para os efetivos autores dos delitos de lavagem.

Para os lavadores, o legislador estabeleceu a pena de multa, a qual deve seguir os parâmetros previstos nos artigos 49 a 52 do Código Penal, ou seja, não pode exceder a 5 (cinco) vezes o maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, segundo o artigo 49 do Código Penal.

Ao passo que para o descumpridor de uma norma administrativa o legislador chegou a prever a aplicação de multa no valor variável, de 1% (um por cento) até o dobro do valor da operação, ou até 200% (duzentos por cento) do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Acerca do assunto, Barros (2007, p. 405) afirma que:

cometeu o legislador um deslize de estipular pena pecuniária mais suave para o criminoso lavador, enquanto trata com singular severidade o sujeito-obrigado que negligenciar seu ofício civil e deixar de atender as instruções administrativas. Ocorre nisto uma disparidade de tratamento que afronta o recomendado e antigo critério da proporcionalidade das sanções, que sempre deve prevalecer no espírito das leis.

De Sanctis (2008, p. XV) assevera: “necessária sempre a reavaliação de seus conceitos e métodos para que sejam adotadas medidas para a obtenção de resultados num tempo razoável, sem prejuízo, por certo, das garantias fundamentais básicas”.

O equilíbrio por parte da autoridade administrativa no momento de aplicação da lei ao caso concreto é um aspecto de suma importância, conforme afirma Meirelles (1996, p. 103):

Não é pelo simples fato de a autoridade administrativa gozar dos atributos de conveniência e oportunidade para decidir sobre seus atos que a punição

deva ser imposta sem qualquer critério de justiça. É bom que se diga: o poder discricionário conferido à Administração não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. A discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbitrária é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Portanto, esse é mais um aspecto que deve ser analisado e ponderado pelo legislador, com o objetivo de poder sanar mais essa flexibilização de princípios, a fim de efetivamente atender aos ditames do Estado Democrático de Direito.

5.3.4 “Autoridades competentes” e medidas preventivas antilavagem

As “autoridades competentes” mencionadas na Lei 9613/98, segundo Barros (2007, p. 350):

integram os seguintes órgãos reguladores governamentais: Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF; Banco Central – BACEN; Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e Secretaria de Previdência Complementar – SPC.

A atuação das referidas autoridades administrativas está condicionada ao atendimento dos princípios norteadores da administração pública, estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de transformar as decisões por elas emanadas em atos de arbitrariedade.

Porém, o ato praticado pela autoridade administrativa competente, contrário ao texto constitucional poderá ser remetido à apreciação do Poder Judiciário, de acordo com o disposto no artigo 5º, XXXV, da CF/88.

O COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, de acordo com o artigo 14 da Lei 9613/98, possui atribuição residual para disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas pertinentes à “lavagem” de capitais.

O caráter residual atribuído ao COAF fundamenta-se na existência de outros órgãos reguladores pertinentes a determinadas áreas de atuação, previsão estabelecida no próprio artigo 14, *in fine* da referida legislação.

O BACEN – Banco Central do Brasil é responsável privativamente pela fiscalização e regulamentação das atividades das pessoas jurídicas ou físicas que operam no sistema financeiro de acordo com o disposto no artigo 10, IX da Lei 4595/64, a qual dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

O BACEN funciona como verdadeiro “banco dos bancos” em razão de receber com exclusividade o depósito compulsório de todos os bancos, além de financiar o Tesouro Nacional através da colocação de títulos públicos no mercado Barros (2007, p. 352).

A CVM – Comissão de Valores Mobiliários, de acordo com o artigo 8º, III e V e artigo 9º. I a V da Lei 6385/76 que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários é a autoridade competente para examinar as atividades realizadas por pessoas jurídicas ou físicas, que operam com valores mobiliários.

A principal atividade da CVM é conferir segurança e confiabilidade ao mercado e valores mobiliários assegurando ao investidor, segundo Barros (2007, p. 382) “a autenticidade das emissões, bem como a legalidade dos atos praticados pelos acionistas, controladores das companhias abertas ou pelos administradores das carteiras de valores mobiliários”.

A SUSEP – Superintendência de Seguros Privados de acordo com o artigo 9º. da Lei 6435/77 é subordinada ao Ministério da Fazenda sendo responsável pela fiscalização da regularidade das atividades das empresas que operam no sistema de seguro e capitalização.

Por fim, à SPC – Secretaria de Previdência Complementar compete regular as atividades das “Entidades Fechadas de Previdência Privada – EFPP”.

Além do compartilhamento de atribuições do Estado com os sujeitos co-responsáveis, bem como os órgãos reguladores, importante ressaltar o pacto de cooperação firmado em 2003, entre outros órgãos representativos, denominado inicialmente como Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA que posteriormente transformou-se em ENCCLA, com a inclusão do combate à corrupção

Segundo Barros (2007, p. 67), a partir dessa articulação realizada pelos órgãos públicos foram apontadas algumas soluções para a adoção de um novo sistema nacional de prevenção e combate à “lavagem” de dinheiro, as quais foram agrupadas em seis objetivos estratégicos:

- I – coordenar a atuação estratégica e operacional dos órgãos e agentes públicos do Estado brasileiro no combate à “lavagem” de dinheiro;
- II – potencializar a utilização de bases de dados e cadastros públicos no combate à “lavagem” de dinheiro e ao crime organizado.
- III – aferir objetivamente e aumentar a eficiência do Sistema de combate à “Lavagem” de Dinheiro, e do Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI);
- IV – ampliar a cooperação internacional no combate à atividade criminosa e na recuperação dos ativos ilicitamente produzidos;
- V – desenvolver no Brasil uma cultura de combate à “lavagem” de dinheiro;
- VI – Prevenir a “lavagem” de dinheiro.

Os principais resultados apresentados pela ENCCLA durante o período de 2003 a 2007, conforme informação obtida junto ao site oficial¹⁵, foram as seguintes:

- I – Elaboração de anteprojeto de alteração da Lei n. 9613/98, ampliando a tipificação do crime de lavagem de dinheiro (desvinculando da relação de crimes antecedentes) e possibilitando a alienação antecipada de bens;
- II - Criação do Comitê Gestor do Sistema Brasileiro de Recuperação de Ativos (CG-SISBRA). Trata-se de um grupo interinstitucional como acepção tecnológica do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos (GGI-LD) – na discussão de padrões, projetos e melhores práticas para a integração dos esforços;
- III - Implantação do Cadastro Nacional de Correntistas (CCS);
- IV - Interligação das bases de dados de acompanhamento processual da Justiça Federal de 1º e 2º graus;
- V - Anteprojeto de lei de ação civil pública de extinção de domínio;
- VI - Levantamento de todos os sistemas de informática e das bases de dados que podem ser úteis ao combate à lavagem de dinheiro, com suas características e dificuldades (jurídicas, políticas e técnicas) de acesso;
- VII - Criação do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Lavagem de Dinheiro (PNLD), sistema integrado de capacitação de agentes públicos para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro;
- VIII - Criação do Selo Enccla, programa de cursos modulares certificados em prevenção e combate à lavagem de dinheiro;
- IX - Inserção dos temas de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos nos concursos públicos;
- X - Criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro (LAB-CLD), laboratório-modelo de soluções de análise tecnológica de grandes volumes de informações para difusão de estudos sobre melhores práticas em hardware, software e adequação de perfis profissionais;
- XI - Regulamentação, no âmbito das respectivas competências, das obrigações do sistema financeiro em relação às Pessoas Politicamente Expostas (PEPs).

¹⁵ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMIDB2EEA9120CE3491EA0899066E70CB231PTBRIE.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Na sua 6ª edição¹⁶, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi realizada em Salvador (BA), entre 25 e 28 de novembro de 2008, em que foram definidas estratégias de ações com o objetivo, dentre outros, de prevenir e controlar a ocorrência de crimes de “lavagem” de capitais.

Diante da articulação permanente dos órgãos públicos está demonstrada a preocupação do Estado no sentido de aumentar seu nível de atuação, considerando que o Direito Penal efetivamente não representa um instrumento eficaz na prevenção dos delitos desta natureza.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID3239224CC51F4A299E5174AC98153FD1PTBRIE.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento de uma criminalidade sofisticada, a qual se utiliza de um dos mais poderosos instrumentos, a inteligência humana, aliada ao grande avanço tecnológico, o Estado sentiu-se de mãos atadas diante da sua estrutura deficiente e muitas vezes, aliado a uma tecnologia incompatível.

Com uma estrutura hierarquizada, organizada e transnacional, a criminalidade dos poderosos avançou muito além das fronteiras geograficamente estabelecidas, passou a praticar suas condutas concomitantemente em vários locais, inclusive buscando regiões denominadas como paraísos jurídico-penais, onde os criminosos, na maioria das vezes, ficam imunes a qualquer legislação de caráter sancionatório.

Diante dos obstáculos enfrentados pelo Estado-nação, no sentido de obter uma legislação penal internacional harmônica, em razão do óbice da própria soberania estatal, além da dificuldade de obter uma homogeneidade legislativa, considerando a pluralidade de culturas existentes entre os países, a solução foi buscar eficácia e efetividade por meio da cooperação internacional.

Dessa forma, o Estado resolveu compartilhar suas atribuições com organismos internacionais, bem como pessoas físicas e jurídicas, com a finalidade de estabelecer estratégias de ação que objetivam, em primeiro lugar, diagnosticar a criminalidade sofisticada, na seqüência prevenir a prática dos referidos crimes e se possível atingir o efetivo controle da situação.

A partir desse compartilhamento de responsabilidade entre o Estado, os organismos internacionais, bem como os setores de atividade da economia privada a conclusão foi que a melhor maneira de evitar um mal maior para a economia é por meio do estabelecimento de medidas de caráter preventivo, com os mecanismos que dificultem sobremaneira a atuação criminosa.

Assim, o Estado passou a utilizar-se do maior instrumento de “sacralização” que possui, o Direito Penal, a fim de demonstrar para a sociedade que com prontidão, eficiência e rigor, estava conseguindo, não só controlar e reprimir os crimes afetos à economia, como também havia atingido o seu ápice, preveni-los.

Por meio dessa concepção ocorreu a denominada expansão do Direito Penal, manifestada pela proliferação legislativa, aumento considerável do rigor punitivo atribuído a antigas e novas condutas típicas, bem como a antecipação da tutela

estatal, a partir da tipificação de condutas que ofendem bens jurídicos supraindividuais, além da flexibilização de princípios e garantias fundamentais.

Porém, faz-se o seguinte questionamento: o Direito Penal teria condições de abarcar condutas de caráter preventivo, estabelecendo as respectivas sanções e, assim, fazer frente a criminalidade sofisticada ou outro ramo do direito teria condições de assimilar essas características e buscar, da mesma forma, a prevenção da macrocriminalidade?

Algumas vozes ecoaram nesse sentido, como Silva-Sánchez, por exemplo que admite a possibilidade, inicialmente de duas velocidades do Direito Penal, ou seja, a primeira delas seria aplicada à criminalidade mais gravosa, para a qual seria aplicada pena privativa de liberdade, sendo assegurada, à parte, a aplicação rigorosa dos princípios e garantias fundamentais. A segunda velocidade seria aplicada às condutas menos gravosas, com previsão de penas diversas da privação da liberdade e, por esse motivo, poderia existir a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais. E, por fim, Silva-Sánchez ainda admite uma terceira velocidade do Direito Penal, a qual seria aplicada para os crimes de maior gravidade como o crime organizado e o terrorismo para os quais haveria o mais extremo rigor punitivo, ou seja, pena privativa de liberdade de flexibilização dos princípios e garantias fundamentais.

Hassemer, por outro lado, remete a prevenção a outro ramo de regulação, diverso do Direito Penal, o qual denomina “Direito de Intervenção”, parte integrante do Direito administrativo, cujas condutas seriam sancionadas com penas diversas da privativa de liberdade e, portanto, admitiria a relativização de garantias.

Assim, surgiu a proposta de apresentar um modelo ideal de administrativização do Direito Penal para o Estado Democrático de Direito, fundamentando a necessidade de estruturação de outro ramo diverso do Direito Penal que poderia ser denominado Direito administrativo sancionador, por meio do qual seriam estabelecidas condutas que contivessem o descumprimento do dever de prevenção, bem como, a respectiva sanção, diversa da reprimenda pessoal, porém sempre assegurando o cumprimento do mandamento constitucional, no que se refere aos princípios e garantias fundamentais.

A Lei 9.613/1998 – Lei de “lavagem” de capitais –, com característica multidisciplinar representa de forma significativa a expansão do Direito Penal.

No seu aspecto criminal, reflete a tendência do legislador, no sentido de adotar o denominado Direito Penal de terceira velocidade (Silva-Sánchez) ou Direito Penal do inimigo (Jakobs) e é justamente esta nuance que se buscou apresentar, ou seja, condutas típicas abrangentes, sanções e procedimentos rigorosos e flexibilização absoluta de preceitos fundamentais.

Por outro lado, a lei também reflete outra tendência, qual seja, a administrativização, na medida em que estabelece condutas censuráveis com penas diversas da privativa de liberdade, criando um órgão administrativo competente para processamento e aplicação das respectivas sanções aos denominados sujeitos co-responsáveis relacionados expressamente na referida legislação.

Enaltece-se o posicionamento do legislador, no entanto algumas ponderações precisam ser analisadas, considerando sempre a supremacia dos princípios e garantias fundamentais que devem nortear a atuação estatal num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **El derecho penal em la intervención de la política populista** In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). La insostenible situación del derecho penal. Granada: Editorial Comares, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALTAZAR JR, José Paulo. **Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro**. In: BALTAZAR JR., José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BASOCO, Juan M. Terradillos. **Empresa y Derecho Penal**. Buenos Aires: Villela Editor, 2001.

BASOCO, Juan Maria Terradillos. **Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico** In: BASOCO, Juan Maria Terradillos; SÁNCHEZ, Maria Acale (Coord.). Temas de derecho penal económico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal econômico. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** - hacia una nueva modernidad. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMIDB2EEA9120CE3491EA0899066E70CB231PTBRIE.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

BRASIL. **Lavagem de dinheiro.** Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1>. Acesso em: 10 jan. 2009.

CALDAS, Luís Filipe. **Território e espaço em direito penal econômico – novos temas e novos azimutes** In: COSTA, José Francisco de Faria (Coord). Temas de Direito Penal econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. **Estado e Política criminal: a contaminação do Direito Penal ordinário pelo Direito Penal do inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal.** Revista dos Tribunais, ano 97, p. 453-469, jan. 2008.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. **Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal – Algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal** In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (Coord.). Direito Penal Secundário – estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COSTA, Gerson Godinho. **O tipo objetivo da lavagem de dinheiro.** In: BALTAZAR JR., José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COSTA, José de Faria. Direito Penal Econômico. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre, n. 29, dez.-jan. 2005.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982)** In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

D'ALBORA, Francisco J. **Lavado de dinero.** 1ª. Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática.** Campinas: Millennium, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille, **Os grandes sistemas de política criminal;** tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP : Manole, 2004

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo : Dialética, 1997

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DURRIEU (H), Roberto. **Lavado de dinero en la Argentina**: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo: Ley N. 25.246 y financiamiento del terrorismo. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo : Malheiros Editores, 2001

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª. Ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2008

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos** In PODVAL, Roberto (Org.). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 5ª. Ed., Madrid, Civitas, 1998

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. n. 43, p. 635-646, 1993.

_____. **Direito Penal** – fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Direito Penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther; CALLEGARI, **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 2005

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**; traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas : Russel Editores, 2003

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro** – lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei 9613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21ª. ed.atual. São Paulo : Malheiros, 1996

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crimes de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções administrativas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro : a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003

PRADO, Luiz Regis Prado. **Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROBINSON, Jeffrey. **Os branqueadores de dinheiro**. Lisboa: Livros do Brasil, 1995.

SANCHEZ BROT. Luis E. **Lavado de dinero**. Buenos Aires. La Ley, 2002

SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo** In: In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro** – uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. **Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito**. In: COSTA, José de Faria (Coord.). Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**; tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro** – comentários à Lei 9613/98. Curitiba: Juruá, 1999.

TIEDEMANN, Klaus (Dir.); MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). **Eurodelitos**. El derecho penal económico en la unión europea. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003

ANEXOS

ANEXO A – LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998**Presidência da República**
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998.**

Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

~~II - de terrorismo;~~

II - de terrorismo e seu financiamento; ([Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003](#))

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). ([Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002](#))

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

CAPÍTULO II

Disposições Processuais Especiais

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular;

II - independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país;

III - são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.

Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

§ 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal.

§ 4º A ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores, poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados, mediante termo de compromisso.

Art. 6º O administrador dos bens:

I - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração;

II - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.

Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens apreendidos ou seqüestrados serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.

CAPÍTULO III

Dos Efeitos da Condenação

Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime previsto nesta Lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

CAPÍTULO IV

Dos Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Crimes Praticados no Estrangeiro

Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º, praticados no estrangeiro.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil.

§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

CAPÍTULO V

Das Pessoas Sujeitas À Lei

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie. [\(Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003\)](#)

CAPÍTULO VI

Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça.

§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. [\(Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003\)](#)

CAPÍTULO VII

Da Comunicação de Operações Financeiras

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar, abstando-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes:

~~a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas;~~

a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; [\(Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003\)](#)

b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo.

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

§ 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF e na forma por ele estabelecida.

CAPÍTULO VIII

Da Responsabilidade Administrativa

Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo:

I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente;

II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10;

IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§ 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do *caput* deste artigo.

Art. 13. O procedimento para a aplicação das sanções previstas neste Capítulo será regulado por decreto, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

CAPÍTULO IX

Do Conselho de Controle de Atividades Financeiras

Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. [\(Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003\)](#)

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

~~Art. 16. O COAF será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria~~

~~da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério das Relações Exteriores, atendendo, nesses três últimos casos, à indicação dos respectivos Ministros de Estado.~~

Art. 16. O COAF será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União, atendendo, nesses quatro últimos casos, à indicação dos respectivos Ministros de Estado. ([Redação dada pela Lei nº 10.683, de 28.5.2003](#))

§ 1º O Presidente do Conselho será nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Fazenda.

§ 2º Das decisões do COAF relativas às aplicações de penas administrativas caberá recurso ao Ministro de Estado da Fazenda.

Art. 17. O COAF terá organização e funcionamento definidos em estatuto aprovado por decreto do Poder Executivo.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de março de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Iris Rezende

Luiz Felipe Lampreia

Pedro Malan

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 4.3.1998

ANEXO B – PROJETO DE LEI Nº 209, DE 2003

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 209 (SUBSTITUTIVO), DE 2003

Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Capítulo V e os arts. 1º a 12, e 16 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de três a dezoito anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

.....
 § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe ou deveria saber serem provenientes de infração penal;

.....
 § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semi-aberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, co-autores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, não se lavrará termo nos autos da negociação autorizada pelo juiz e referendada pelo Ministério Público, devendo constar de termo separado e mantido sob sigilo.

§ 7º O acordo de que tratam os §§ 5º e 6º deste artigo, se cumprido, obrigará a sentença aos seus termos.

§ 8º Se o agente efetuar transações ou operações com o fim de evitar a comunicação obrigatória de que trata o art. 11, inciso II desta Lei, a pena é de reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o fato não constituir crime mais grave. (NR)”

“Art. 2º

.....
 II – independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento.

.....
 III –

.....
 b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido, isento de pena o autor ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal, devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.(NR)”

“Art. 3º Nos crimes previstos nesta Lei, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva, o réu não poderá obter liberdade provisória mediante fiança e nem apelar em liberdade, ainda que primário e de bons antecedentes.

Parágrafo único. A fiança, quando possível a concessão da liberdade provisória, será fixada proporcionalmente aos bens, direitos e valores envolvidos na infração penal, a qual poderá atingir até o total do valor estimado na prática criminosa.” (NR)

(A fiança não pode ser tratada como antecipação de pena)

“Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º.

§ 4º Enquanto pendente decisão de extradição, o Supremo Tribunal Federal decretará a medida prevista no caput deste artigo. (NR)”

“Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso. (NR)”

“Art. 6º A pessoa responsável pela administração dos bens:

.....
Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível. (NR)”

“Art. 7º

I – a perda, em favor da União e dos Estados nos casos de competência da justiça estadual, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

.....
§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal e do Distrito Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico, cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada, serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação. (NR)”

“Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º, praticados no estrangeiro.

.....
§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. (NR)”

“Capítulo V

Das pessoas Sujeitas ao Mecanismo de Controle” (NR)

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

.....
Parágrafo único.

.....
I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

.....

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

.....
 XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem, ou intermedeiem a comercialização, de bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII – as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias;

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

XV – pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI – as empresas de transporte e guarda de valores.

XVII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem, ou intermedeiem a comercialização, de bens de alto valor de origem rural.

XVIII – as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (NR)”

“Art. 10.

.....
 III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhe permitam atender o disposto nos arts. 10 e 11, na forma das instruções expedidas pelas autoridades competentes;

IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado junto à competente autoridade fiscalizadora ou reguladora, na forma e condições por ela estabelecidas;

V – deverão atender, no prazo fixado, as requisições formuladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF na forma por ele determinada, sendo que as informações prestadas serão classificadas como confidenciais, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

.....
 § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de dezesseis anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

.....
 § 4º As pessoas referidas no art. 9º garantirão que não fique registrado em seus sistemas a identificação do funcionário que cadastrou a operação suspeita. (NR)”

“Art. 11.

.....
 II – comunicarão ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem o limite fixado, para esse fim, pela autoridade reguladora ou fiscalizadora competente e nas condições por ela estabelecidas;

b) das operações previstas no inciso I deste artigo; e

c) Na apuração do limite de que trata a alínea "a", será considerada a soma de operações para um mesmo CPF ou CNPJ nos últimos trinta dias.

III – deverão comunicar à autoridade reguladora ou fiscalizadora competente, na periodicidade, forma e condições por ela estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF nos termos do inciso II;

§ 1o

.....
 § 3º O COAF disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II deste artigo às autoridades competentes para a fiscalização ou regulação das respectivas pessoas a que se refere este artigo.

§ 4º As empresas referidas no art. 9º desta lei não poderão criar ou exigir metas internas de atividade, desempenho ou produtividade que possam prejudicar, limitar ou desestimular a identificação e a comunicação das operações referidas neste artigo, assim como a postura de especial atenção a elas dedicadas por parte de seus funcionários. (NR)”

“Art. 12.

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

.....
 IV – cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

.....
 § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

I –

II – não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III – deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

..... (NR)”

“Art. 16. O COAF será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, da Agência Brasileira de Inteligência, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

..... (NR)”

Art. 2º A Lei no 9.613, 1998, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 4º-A. A alienação antecipada para preservação do valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

§1º Não serão submetidos à alienação antecipada os bens que a União, por intermédio do Ministério da Justiça, ou o Estado, por órgão que designar, indicar para serem colocados sob uso e custódia de órgão público, preferencialmente envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao crime organizado e ao crime de lavagem de dinheiro, ou de instituição privada.

§2º Excluídos os bens colocados sob uso e custódia das entidades a que se refere o §1º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens, com a descrição e a especificação de cada um deles e informações sobre quem os detém e o local onde se encontram.

§ 3º O juiz determinará a avaliação dos bens, inclusive os previstos no §1º deste artigo, nos autos apartados e intimará:

I – o Ministério Público;

II - a União ou o Estado, que terá o prazo de dez dias para fazer a indicação a que se refere o § 1º deste artigo.

§4º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a setenta e cinco por cento da avaliação.

§5º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina:

I – nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal:

a) os depósitos serão efetuados na Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF, específico para essa finalidade;

b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de vinte e quatro horas;

c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição;